

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI  
FEDERICO II**

**FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA**

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE  
XXVI Ciclo



**I DIRITTI EDIFICATORI**

Tutor  
Ch. mo Prof.  
**ROLANDO QUADRI**

Candidato  
**SABRINA FILIPPO**

# **INDICE**

## **CAPITOLO I**

### **CARATTERI E CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI**

1. Origini del fenomeno
2. Inerenza dello *ius aedificandi* al contenuto del diritto di proprietà
3. La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico
4. L'esperienza dei diritti edificatori nella legislazione regionale: perequazione, compensazione e incentivazione. Le scarse regole.
5. Il nuovo panorama: criticità.

## **CAPITOLO II**

### **LA NATURA GIURIDICA DEL NEGOZIO DI TRASFERIMENTO DEI DIRITTI EDIFICATORI**

1. Le ricostruzioni della dottrina sulla natura giuridica del negozio di trasferimento di cubatura: linee di un percorso evolutivo.
2. Le teorie ricostruttive.
  - 2.1 *La tesi del negozio ad effetti obbligatori*
  - 2.2 *La tesi del diritto di superficie atipico*
  - 2.3 *La tesi della cessione del contratto*
  - 2.4 *La teoria della rinuncia abdicativa*
  - 2.5 *La teoria del vincolo di destinazione*

*2.6 La teoria della servitù di non edificare.*

*2.7 La teoria del trasferimento del diritto reale atipico*

3. Le teorie ricostruttive successive all'introduzione dell'art. 2643, n. 2 bis c.c.

*3.1 Teoria della cubatura in termini di realtà.*

*3.2 La teoria della cubatura quale bene. Analisi critica della costruzione della volumetria edificabile nei termini di bene immateriale.*

*3.3 La proposta ricostruttiva in termini civilistici della cessione di cubatura quale contratto traslativo della chance edificatoria.*

4. La posizione giurisprudenziale.

### **CAPITOLO III**

#### **FUNZIONE ED EFFICACIA DELLA TRASCRIZIONE DEI CONTRATTI DI TRASFERIMENTO DEI DIRITTI EDIFICATORI**

1. La pubblicità nei registri immobiliari quale condizione di opponibilità e regola di conflitti

2. Il problema della circolazione e della trascrizione dei trasferimenti dei diritti edificatori "in volo"

3. L'ammissibilità degli atti dispositivi dei diritti edificatori: ipotesi applicative

### **BIBLIOGRAFIA**

## CAPITOLO I

### CARATTERI E CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI

*1. Origini del fenomeno – 2. Inerenza dello ius aedificandi al contenuto del diritto di proprietà – 3. La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico – 4. L'esperienza dei diritti edificatori nella legislazione regionale: perequazione, compensazione e incentivazione. Le scarse regole. – 5. Il nuovo panorama: criticità.*

#### **1. Origini del fenomeno**

In termini urbanistici la cubatura rappresenta la volumetria edificabile su una determinata area quale risulta consentita dagli strumenti di pianificazione territoriale vigenti nel relativo Comune. Essa viene determinata calcolando il rapporto tra l'estensione dell'area e il volume edificabile stabilito dal comune per quella zona.

Il negozio di cessione di cubatura nasce e si sviluppa nella pratica e trova riscontro ed espressione nell'elaborazione della dottrina<sup>1</sup> e della

---

<sup>1</sup> Sulla cessione di cubatura, tra i tanti, si ricordano i contributi di A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura*, in *Dig. disc. priv., sez. priv.* (aggiornamento), Torino, 2000, p. 735; A. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 13; ID., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 557; N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 1113; R. CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, p. 413; C. FRANCO, *Appunti sulla c.d. cessione di cubatura*, in *Vita not.*, 1997 p. 190; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato dir. civ.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, VII, p. 527; ID., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato dir. civ. e comm.* a cura di A. Cicu e F. Messineo, p. 309; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, I, Milano, 1991, art. 2643-2645, p. 655 e ss.; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, p. 246; ID., *La cessione di volumetria*, in *Il Notaro*, 1998, p. 105; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Riv. not.*, 1992, p. 1069; A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. mer.*, 1977, IV p. 740; M. LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.*, 2007, p. 428; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *Studi e materiali*, VI, tomo II, 1998-2000, p. 669; ID., voce *Trasferimento di volumetria* del *Dizionario enciclopedico del Notariato*,

giurisprudenza, prevalentemente amministrativa - in assenza, per lungo tempo, di alcuna specifica disciplina normativa - in considerazione non solo dell'esigenza di regolare l'accordo intervenuto tra le parti nei limiti consentiti all'autonomia privata, ma anche di garantire ai terzi la piena conoscibilità dello stato giuridico dei terreni.

In particolare, il fenomeno trova origine storica nella introduzione degli standard edilizi che si riscontrano nella legislazione urbanistica, ed in certi casi è esplicitamente prevista dai piani regolatori di singoli Comuni, a dimostrazione della circostanza che l'interesse pubblicistico trova adeguata soddisfazione nella mera conservazione della cubatura media della zona interessata<sup>2</sup>.

Ad introdurre per la prima volta il concetto di standard edilizi, diretti alla individuazione degli indici inderogabili di densità edilizia, quale espressione del rapporto tra la superficie interessata dall'intervento edilizio ed il volume dell'erigendo fabbricato, è stato l'art. 17 della legge n. 765 del 1967, c.d.

---

Roma, 2002, vol. V, p. 710; M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 73; M. MARÈ, *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in *Riv. not.*, 1990, p. 1347; M. A. MAZZOLA, *Le servitù*, in *Proprietà e diritti reali* a cura di G. Cassano, Padova, 2007, tomo II, p. 1815; F. PATTI - F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 2001, p. 1675; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive.*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 287; G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, in *Notariato*, 2012, IV, p. 411 ss.; ID., *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione e mutazione del diritto*, Studio n. 671-2009 del C.N.N. pubblicato in *Studi e materiali del Consiglio del Notariato*, 2011, 2, pp. 339-438 ss.; R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale.*, in *Riv. not.*, 1974, p. 115; P. L. TROJANI, *Tipicità e "numerus clausus" dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, p. 295; G. VIOTTI, *Vincoli di destinazione convenzionali e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici*, nota a Corte App. Ancona, 19 giugno 1999, in *Vita not.*, 2001, p. 148. Per le monografie si rinvia a G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, Milano, 1985; A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994; S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; C. TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, p. 575.

<sup>2</sup> In tal senso l'art. 6 del Piano Regolatore Generale di Torino (approvato con D.P.R. 6 ottobre 1959, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 21 dicembre 1959, n. 308) nel quale si legge che: "nell'ambito del singolo lotto, dell'isolato, del gruppo di isolati o nell'intera zona la cubatura ammessa è trasferibile anche su diverse proprietà purché il trapasso avvenga in sede di piano particolareggiato, previa stipulazione, con l'intervento del Comune, di atto pubblico che regoli il trasferimento della cubatura mediante vincolo sulle aree a minore sfruttamento o da mantenersi libere, in modo che sia conservata nel complesso la cubatura media della zona".

legge Ponte, che ha inserito l'art. 41 *quinquies* della legge n. 1150 del 1942, c.d. legge urbanistica. Siffatti limiti sono determinati di volta in volta con riguardo a ben precisi criteri quali, in via esemplificativa, la superficie edificabile in proprietà, le distanze tra i costruendi edifici, le aree destinate alle opere di urbanizzazione, alle attività collettive, pubbliche o private, a parcheggi ed al verde pubblico. Le limitazioni all'attività edilizia dei privati e la pianificazione della stessa sono naturalmente finalizzate ad un più razionale sfruttamento edilizio dei suoli cosicché venga garantita e tutelata la salute degli individui e la salvaguardia del territorio, nel rispetto di una previsione normativa di rango costituzionale<sup>3</sup>, come tale sovraordinata agli interessi dei singoli. La legge Ponte, introducendo il cosiddetto standard «planovolumetrico», ha stabilito dunque la volumetria complessiva delle costruzioni edificabili in una determinata zona, fissando limiti inderogabili alla cubatura realizzabile, differenti a seconda della diversa destinazione delle varie zone in cui risulta suddiviso il territorio comunale<sup>4</sup>.

Tuttavia, nella prassi negoziale si sono diffuse forme di «micropianificazione ad iniziativa privata<sup>5</sup>» e, in particolare, accordi tra singoli – variamente definiti cessione di cubatura, trasferimento di volumetria o di cubatura – con i quali il proprietario di un'area trasferisce in tutto o in parte al proprietario di un'area finitima la potenzialità edificatoria del proprio terreno, ovvero la

---

<sup>3</sup> Il riferimento è alle regole di programmazione territoriale, devolute alla mano pubblica, a salvaguardia della salute della collettività (art. 32 Cost.) per la promozione delle attività economiche (artt. 41 e 44 Cost.), in funzione di assicurare la più adeguata funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.).

<sup>4</sup> La funzione di tale standard è quella di consentire uno sviluppo edilizio controllato, ma non implica una distribuzione delle potenzialità edificatorie tra i proprietari, bensì la distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo in cui esso è frazionato tra i privati. Tale circostanza ha portato all'emersione della prassi dei trasferimenti di volumetria, la quale rappresentava una soluzione per quei proprietari che non avevano interesse a sfruttare a scopo edificatorio i propri fondi mentre consentiva ai proprietari che avevano un progetto edilizio, ma non disponevano di una proprietà sufficiente a realizzarlo, di procurarsi la volumetria mancante attraverso un negozio di trasferimento stipulato con i proprietari che non erano interessati a sfruttare la propria, i quali rinunciavano ad edificare. Così: A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura*, cit., p. 735.

<sup>5</sup> L'espressione è di A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 527.

cubatura a disposizione del proprio suolo<sup>6</sup>, in modo che il proprietario cessionario, incrementando la cubatura di spettanza del proprio terreno, possa ottenere dal Comune una concessione per costruire un edificio di volume maggiore di quello che potrebbe realizzarvi. In tal modo, la volumetria fruibile complessivamente in base agli indici di densità edilizia viene concentrata su una o più aree<sup>7</sup>: l'indice edilizio è, infatti, stabilito per zone e non per singole aree, per cui l'interesse pubblico è soddisfatto perfettamente anche se le costruzioni vengono realizzate su una sola di esse, restando le residue aree inedificate ed inedificabili. Infatti, la maggiorazione di volumetria che si realizza a favore del fondo del cessionario trova compensazione nella correlativa minore edificabilità del fondo del cedente, senza che ciò comporti alcuna alterazione del rapporto di densità edilizia.

Nonostante l'ampia diffusione nella pratica contrattuale dei negozi di trasferimento di volumetria ed il pacifico riconoscimento degli stessi da parte della Pubblica Amministrazione, con il conforto della giurisprudenza<sup>8</sup> e di accreditata dottrina<sup>9</sup>, si è molto discusso circa la loro liceità, dal momento che essi potrebbero determinare una modificazione dei limiti di edificabilità posti dalla legge o dagli strumenti urbanistici, limiti che hanno natura pubblicistica e non possono, quindi, essere rimossi con atti negoziali di natura privatistica. È stato però esattamente osservato che «poiché l'indice di densità edilizia è stabilito per zone e non per singole aree, l'interesse pubblico edilizio in vista

---

<sup>6</sup> Naturalmente, onde evitare fittizi aumenti della volumetria realizzabile con conseguente violazione delle norme dello strumento urbanistico, il fondo contiguo cedente diverrà in tutto o in parte inedificabile, dove per inedificabilità, totale o parziale, a seguito della cessione di volumetria «si intende non solo l'impossibilità a costruire sull'area, ma anche l'impossibilità che l'area stessa venga nuovamente presa in considerazione ai fini del calcolo della volumetria per il rilascio di una nuova concessione edilizia». In questi termini, N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1113.

<sup>7</sup> Così facendo non viene mutato l'indice di densità complessivo della zona o del comparto, non essendovi alcun intervento premiale della condotta del privato istante da parte dell'Amministrazione comunale: qualora quest'ultima accolga la regolazione privata approntata dalle parti dello sviluppo edificatorio delle aree di loro spettanza, all'inedificabilità totale o parziale del fondo del cedente, corrisponderà un uguale incremento della volumetria utilizzabile nel fondo di cui è proprietario il cessionario.

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 1973, n. 178, in *Cons. Stato*, 1973, I, p. 222.

<sup>9</sup> A. IANNELLI, *Le violazioni edilizie – amministrative, civili e penali*, Milano, 1981, p. 197; G. B. PICCO – A. M. MAROCCO, *I c.d. trasferimenti di cubatura*, in *Riv. not.*, 1974, p. 626.

del quale è sancito il limite in questione risulta essere soddisfatto anche se le costruzioni vengano concentrate su una determinata area, restando altra o altre aree inedificate ed inedificabili, purché complessivamente per la zona il rapporto volume/superficie resti nei limiti previsti<sup>10</sup>». In altre parole, ciò che rileva è la distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo in cui esso viene ripartito fra i privati, per cui «l'eccedenza di volumetria che si realizza in virtù del negozio in questione, trova compensazione nella correlativa minore edificazione dell'area asservita; cosicché l'alterazione del rapporto di densità edilizia è da reputarsi, avuto riguardo alla considerazione complessiva della zona interessata, inesistente<sup>11</sup>».

Nella individuazione dei limiti invalicabili oltre i quali l'autonomia privata non può esplicarsi, si è richiamata la necessità del controllo del Comune teso ad accertare che il negozio in questione non determini un surrettizio aumento della volumetria edificabile mediante asservimento di aree comunque non edificabili<sup>12</sup>. L'intervento del Comune ha indotto taluni<sup>13</sup> a inquadrare la cessione di cubatura nello schema dei negozi trilateri, ma, prescindendo in questa prima analisi dal prendere posizione sulla questione della trilateralità o meno dell'accordo, si può con certezza affermare che ad esso non vada disconosciuta efficacia bidirezionale: efficacia di diritto privato per quanto riguarda i rapporti tra i proprietari delle aree edificabili ed efficacia di diritto pubblico per quel che concerne i rapporti dei proprietari con il Comune.

Presupposto per l'ammissibilità della convenzione avente ad oggetto il trasferimento di cubatura è che essa riguardi fondi compresi nella medesima

---

<sup>10</sup> In tal senso, G. B. PICCO – A. M. MAROCCO, *I c.d. trasferimenti di cubatura*, cit., p. 626.

<sup>11</sup> N. GRASSANO, *op. cit.*, p. 1060 ss.

<sup>12</sup> A tale ultimo proposito giova ricordare che la inedificabilità può discendere, oltre che dalla mancata previsione di piano, anche dall'avvenuto completo sfruttamento edificatorio dell'area, il che determina l'insorgenza *ope legis* di un ulteriore vincolo di inedificabilità dell'area residua, ancorché la stessa sia stata computata ai fini del calcolo della volumetria utilizzabile; e ciò senza necessità di un negozio di diritto privato.

<sup>13</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 527 e, in precedenza P. PITTER, *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p.426 ss.



zona, all'interno della quale devono essere rispettati gli standard urbanistici vigenti<sup>14</sup>. Se, infatti, si ammettesse il trasferimento di cubatura fra proprietari di terreni appartenenti a zone diverse, ancorché eventualmente confinanti tra di loro, “la cubatura acquistata da uno dei due proprietari non sarebbe compensata, nell'ambito della stessa zona, da altrettanta cubatura ‘neutralizzata’: si verrebbe quindi a determinare, nella zona in questione, un possibile superamento della densità edilizia massima consentita dallo strumento urbanistico”<sup>15</sup>. Si è altresì chiarito che l'interesse pubblico coinvolto nella fattispecie in esame non è solo quantitativo – conservazione della cubatura media – bensì anche qualitativo, volendosi con ciò intendere che l'asservimento di volumetria non è realizzabile allorquando i lotti non abbiano la medesima destinazione urbanistica<sup>16</sup>, per cui è necessario che a seguito del negozio di trasferimento di cubatura non solo non vengano superati i limiti di cubatura media previsti per le zone singolarmente determinate, ma anche che i fabbricati da edificare presentino caratteristiche omogenee, così come individuate dalle norme regolanti l'azione pianificatoria<sup>17</sup>.

Ulteriore presupposto imprescindibile per la legittimità di tali cessioni è la contiguità dei due fondi: i terreni fra i quali avviene detto trasferimento, oltre ad essere ubicati nella medesima zona urbanistica, devono essere anche confinanti, ovvero collegati tra di loro in modo da formare un unico lotto sia

---

<sup>14</sup> In tal senso anche la giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 1991, n. 530, in *Rep. Giur. It.*, 1991, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 500, secondo cui “l'asservimento della volumetria assentibile su un lotto a favore di un altro lotto, onde realizzare una maggiore edificabilità, è consentito solo con riferimento ad aree aventi medesima destinazione urbanistica, posto che, diversamente si verificherebbe un'evidente alterazione delle caratteristiche tipologiche della zona tutelata dalle norme urbanistiche”.

<sup>15</sup> M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, cit., p. 73. In senso analogo si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa: cfr. TAR Puglia 1 dicembre 1997, n. 868, in *Rep. Giur. It.*, 1998, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 629; Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 1977, n. 614, in *Foro amm.*, 1977, I, p. 1443; Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 1979, n. 302, in *Rep. Giur. It.*, 1979, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 394.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 1978, n. 839, in *Cons. Stato*, 1978, I, p. 1124. Lo stesso concetto esprime A. IANNELLI, *Le violazioni edilizie – amministrative, civili e penali*, cit., p. 203, allorquando rileva che il Sindaco deve controllare se i due fondi siano contigui ed ubicati nella stessa zona urbanistica perché se così non fosse, la concentrazione di cubatura pregiudicherebbe il rapporto volume – superficie stabilito per la zona interessata.

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 1991, n. 530, cit., n. 500.

in senso fisico che funzionale<sup>18</sup>. La necessità di una effettiva e significativa vicinanza tra i suoli al fine di mantenere inalterata la densità edilizia fissata dallo strumento urbanistico<sup>19</sup>, nonché la formazione del lotto edificabile, è stata costantemente affermata dalla giurisprudenza amministrativa<sup>20</sup>. Va tuttavia rilevato che gli stessi giudici in numerose pronunce hanno fornito una interpretazione piuttosto elastica del richiamato principio, giungendo ad affermare come talvolta non fosse richiesta la continuità o la unicità del lotto quanto la semplice contiguità dei fondi medesimi, o ancora, come non fosse pregiudizievole l'esistenza di una strada che separasse le aree interessate.

In concreto, la previsione degli *standard* edilizi, ancorando al parametro della superficie edificabile a disposizione dei singoli proprietari la capacità edificatoria dei suoli, ha sostanzialmente introdotto il concetto di "superficie minima edificabile", secondo cui «l'attività edilizia sulle aree è consentita solo se a disposizione del costruttore vi sia un'area con la superficie legale minima idonea a "contenere" una determinata volumetria<sup>21</sup>».

## **2. Inerenza dello *ius aedificandi* al contenuto del diritto di proprietà**

La riconosciuta rilevanza della fase privatistica intesa in termini di negoziabilità delle potenzialità edificatorie di un'area, trova evidentemente sostegno in una meditata e consapevole adesione alla tesi che ravvisa tuttora inerente al concetto civilistico di proprietà il cd. *ius aedificandi*.

Infatti, uno degli ostacoli teorici all'ammissibilità della cessione di volumetria risiede nel dubbio - avanzato da una parte della dottrina<sup>22</sup> - che non sia

---

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 1994, n. 193, in *Rep. Giur. It.*, 1994, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 368; Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 1998, n. 400, in *Rep. Giur. It.*, 1991, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 633. Più precisamente, Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 1977, n. 614, *cit.*, p. 1443.

<sup>19</sup> Così, Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2006, n. 2488, in *Vita not.*, 2006, I, p. 227.

<sup>20</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 1971, n. 632, in *Cons. Stato*, 1971, I, p. 1122.

<sup>21</sup> L'espressione è di M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, *cit.*, p. 669 ss.

<sup>22</sup> Con l'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi), si è fortemente dubitato che lo *ius aedificandi* possa appartenere a qualsiasi proprietario, con la conseguenza di far vacillare l'attività di disposizione del *dominus* in ordine allo stesso. E' stato così affermato che il passaggio dal sistema della licenza a quello della concessione

rintracciabile tra le facoltà insite nel diritto del proprietario quella di edificare, essendo questa conferita a seguito di specifico provvedimento concessorio. Pertanto, un razionale inquadramento sistematico della cessione di cubatura deve necessariamente muovere da un'indagine sulla questione dello *ius aedificandi*, verificando se una presa di posizione sull'annosa questione sia o meno pregiudiziale per comprendere il fenomeno oggetto della trattazione.

Occorre preliminarmente chiarire come il diritto edificatorio esprima la dimensione quantitativa dello *ius aedificandi*, e cioè la misura della trasformazione realizzabile dal titolare dello stesso che trae origine dall'applicazione di un indice edificatorio uniforme per ambiti omogenei, ovvero, dall'applicazione di tecniche di compensazione previste a vario titolo dalla legislazione statale e soprattutto regionale. La possibilità che vengano creati diritti edificatori che esprimano la misura dell'esercizio dello *ius aedificandi* e che siano separabili dalla titolarità del fondo incide inevitabilmente sullo statuto del diritto di proprietà comportandone una sostanziale modifica che potrebbe, tuttavia, verificarsi solo ad opera di una disposizione di legge di rango statale. L'inquadramento unitario della materia è reso difficoltoso dalla progressiva stratificazione nel tempo delle leggi urbanistiche, che hanno variamente regolato la facoltà per il proprietario di edificare sul proprio fondo, stante la pressoché totale riconduzione della disciplina di questo diritto alla legislazione speciale, a conferma del carattere extracodicistico della proprietà edilizia<sup>23</sup>.

La disarmonia del sistema è stata inoltre accresciuta dagli interventi della Corte Costituzionale, chiamata a giudicare sui vincoli di inedificabilità

---

edilizia - lungi dal costituire un fatto esclusivamente terminologico - ha segnato la separazione dello *ius aedificandi* dal contenuto del diritto di proprietà, potendosi leggere nel nuovo provvedimento comunale non più la rimozione di un limite all'esplicazione del diritto di proprietà, ma un atto amministrativo che attribuisce al privato che ne faccia richiesta lo *ius aedificandi*. Ciò spiega come la facoltà edificatoria di un fondo, stralciata convenzionalmente dalla proprietà di questo, possa nuovamente essere attribuita al proprietario a seguito di una modifica di imperio dello strumento urbanistico da parte dell'Amministrazione, nell'ipotesi che essa proceda ad un sostanziale aumento degli *standard* edilizi. In questi termini, A. RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche nella esperienza notarile*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati* a cura di Michele Costantino, Milano, 1995, p. 151 ss.

<sup>23</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 489.

previsti a carico della proprietà privata, le cui pronunce sono state oggetto di letture giudicate talvolta eccessivamente formalistiche<sup>24</sup>.

Può, quindi, affermarsi come fino alla legge n. 765/1967 (cd. legge Ponte) lo *ius aedificandi* rappresentasse una prerogativa del proprietario, sia pure nella misura e con i limiti fissati dagli strumenti urbanistici e salva, in ogni caso, la necessità dell'osservanza degli standard legali<sup>25</sup>.

Già prima della legge urbanistica del 1942 lo *ius aedificandi* era considerato come mera estrinsecazione del generale diritto di proprietà e, come tale, era sottoposto alle stesse garanzie ed alla stessa disciplina prevista in linea generale per quest'ultimo<sup>26</sup>. Secondo questa impostazione, il titolare del bene immobile era libero di procedere ad interventi edilizi sul proprio bene, salvo il rispetto di quelle prescrizioni dettate *aliunde* dall'ordinamento, non ispirate a fini strettamente urbanistici<sup>27</sup>, ma dirette al controllo dell'esistenza di determinate condizioni e alla rimozione degli ostacoli posti all'esercizio delle facoltà comprese nel più generale e garantito diritto di proprietà<sup>28</sup>.

Tuttavia il legislatore, al fine di consentire un corretto sviluppo dei suoli edificabili e di controllare lo sviluppo urbanistico della città, con l'emanazione della legge del 1942, ha voluto modificare il modo di concepire la proprietà, ponendo a carico del Comune l'obbligo di utilizzare gli strumenti urbanistici quali il piano regolatore, il programma di fabbricazione, il regolamento edilizio e le convenzioni urbanistiche. In particolare non si è voluto solo disciplinare l'assetto del territorio, ma si è voluto soprattutto

---

<sup>24</sup> V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di N. Irti, Milano, 1980, vol. 1, p. 499.

<sup>25</sup> G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, cit., p. 113; ID., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 103

<sup>26</sup> G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, cit., p. 39.

<sup>27</sup> G. B. PICCO - A. M. MAROCCO, *Convenzioni urbanistiche nell'esperienza notarile e disciplina dell'edilizia*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati* a cura di M. Costantino, Milano, 1954, p. 95 ss.

<sup>28</sup> G. PICCO - A. M. MAROCCO, *ult. op. cit.*, p. 97, ove l'affermazione è riportata come pacifica in dottrina.

incidere su una delle facoltà essenziali del diritto di proprietà, ossia il diritto di costruire sul proprio terreno<sup>29</sup>.

Successivamente, stante la mancata attuazione dei piani regolatori e la necessità di scongiurare dannosi fenomeni speculativi, fu emanata la legge 765 del 1967 che fissò a monte, mediante la previsione degli standard, un minimo di pianificazione territoriale. Inoltre, come corollario degli indici minimi di edificabilità, venne introdotta la necessità di ottenere la licenza edilizia per ogni intervento edificatorio, compreso quello attuato fuori dalle aree non incluse nei P.R.G. o nei programmi di fabbricazione: in quest'ultimo caso, il rilascio della licenza veniva preceduto dalla verifica del rispetto degli standard minimi e non - come per le zone incluse nei programmi - dalle prescrizioni di piano<sup>30</sup>. Del resto, nelle intenzioni dei suoi promotori, la riforma del regime dei suoli mirava a risolvere in radice il gravoso problema dei vincoli di inedificabilità e, in effetti, all'indomani della sua emanazione, il sospetto che il diritto di edificare fosse divenuto di spettanza dello Stato trovava diversi appigli logici e letterali.

Contro tale opinione giunse la sentenza della Corte Costituzionale n. 55 del 29 maggio 1968<sup>31</sup> ad affermare che il diritto di costruire sul proprio suolo è ricompreso nel diritto di proprietà delle aree edificabili. La stessa Corte, infatti, dichiarò illegittimi gli artt. 7 e 40 della legge urbanistica<sup>32</sup> per il fatto

---

<sup>29</sup> Il perseguimento di questi obiettivi, sotto la vigenza della legge n. 1150/1942, non può dirsi abbia ottenuto i risultati sperati, registrandosi la concreta inoperatività degli strumenti all'uopo predisposti, quali i piani regolatori generali e i piani particolareggiati. Infatti, mentre i primi avrebbero permesso la creazione delle infrastrutture di base sul territorio comunale, gli altri avrebbero dovuto attuare le prescrizioni dei primi. In realtà, spesso per responsabilità delle amministrazioni locali, né i piani particolareggiati, né - in molti casi - i piani regolatori generali vennero approvati, innescandosi così le premesse per la diffusione di prassi scorretta, come l'emissione di licenze edilizie in deroga agli strumenti urbanistici generali. Né può dirsi che alle amministrazioni territoriali mancassero gli strumenti per la realizzazione degli obiettivi fissati. Basti pensare che a disposizione dei comuni vi era anche lo strumento espropriativo, allo scopo di predisporre l'ordinata attuazione del P.R.G. (art. 18 L.U.). In questi termini, G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, cit., p. 35

<sup>30</sup> A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, p. 140.

<sup>31</sup> In *Giur. Cost.*, 1968, I, p. 838.

<sup>32</sup> La Consulta dichiarò incostituzionali l'art. 7, nn. 2, 3 e 4 e l'art. 40 della legge n. 1150/1942, perché in contrasto con l'art. 42, comma 3, della costituzione, nella parte in cui non si prevedeva un indennizzo per i vincoli espropriativi indiretti previsti dalla legge, aventi carattere particolare. Questi vincoli, detti anche "espropriazioni ablativo", "espropriazioni

di non prevedere indennizzo per i vincoli ed i limiti di inedificabilità aventi natura espropriativa. Di conseguenza, la tensione dottrinarica<sup>33</sup> generatasi a seguito dell'intervento giudiziario avrebbe potuto allentarsi solo tramite l'espedito di configurare lo *ius aedificandi* non più come attributo inerente alla proprietà, bensì come oggetto di eventuale concessione amministrativa<sup>34</sup>. Sicché i vincoli ed i limiti imposti sulle aree di proprietà privata non avrebbero più potuto considerarsi di natura espropriativa, eludendosi per tal via l'obbligo costituzionale di indennizzo, ex art. 42, 3° comma<sup>35</sup>.

---

anomale" o "espropriazioni di valore" (espressioni riportate da A. DI MAJO - L. FRANCARIO, voce *Proprietà edilizia*, in *Enc. del dir.*, vol. XXVII, Milano, 1988, p. 344) sono quelli che, pur mantenendo la titolarità del bene in capo al *dominus*, si risolvono in uno svuotamento permanente del contenuto del diritto di proprietà.

<sup>33</sup>Le affermazioni della Corte Costituzionale suscitarono un accesissimo dibattito. Tra i numerosi interventi si ricordano G. DE VIRGILIIS – F. SPANTIGATI, *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n. 55 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 865; F. PIGA, *Effetti della sentenza n. 55 della Corte Costituzionale nel processo di formazione dei piani regolatori*, in *Foro amm.*, 1968, II, p. 122; S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969, p. 413 ss.; U. NATOLI, *Orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà privata ex art. 42 Cost.*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969, p. 1671 ss.

<sup>34</sup>Dopo tale decisione furono apportate modifiche ed integrazioni alla legge urbanistica n. 1150 del 1942 con la legge 19 novembre 1968, n. 1187, i cui artt. 1 e 5 sostituirono rispettivamente gli artt. 7 e 40 della precitata legge urbanistica, attribuendo al P.R.G. tra l'altro: a) la divisione in zone del territorio comunale, con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano; b) la determinazione dei vincoli e dei caratteri da rispettare in ciascuna zona, con esclusione, per tali limitazioni e vincoli, del diritto all'indennizzo; c) l'indicazione delle aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico, ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale.

Con l'art. 2 della legge n. 1187/1968, inoltre, si stabilì che le indicazioni del P.R.G., nella parte in cui incidono su beni determinati e li assoggettano a vincoli preordinati all'espropriazione od a vincoli che comportano l'inedificabilità, perdono ogni efficacia qualora entro cinque anni dall'approvazione del P.R.G. non siano stati adottati i relativi piani particolareggiati od autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati. Per quei piani per i quali i cinque anni erano già decorsi, si pensò di protrarre elusivamente gli effetti della legge n. 1187 attraverso varie leggi di proroga, l'ultima delle quali – l. n. 6 del 24 gennaio 1977 - precedette di poco la sospirata riforma del regime dei suoli.

<sup>35</sup>Il carattere di eventualità fu peraltro ridimensionato dagli stessi assertori della attribuzione dello *ius aedificandi* allo Stato (tedi della cd. conformazione), in quanto il sindaco non può legittimamente rifiutare il rilascio della concessione quando la disciplina urbanistica vigente preveda la destinazione urbanistica del suolo, sempre che il soggetto interessato paghi al Comune il contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione e ai costi medi di costruzione. In particolare A. M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1978, I, p. 73 ss., pur partendo dal presupposto della natura additiva della concessione – il che è tipico di ogni provvedimento concessorio (cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Milano, 1987, p. 17 ss.) – rilevò che nella formazione degli strumenti urbanistici i comuni godono di una larga discrezionalità che più non sussiste in sede di rilascio delle concessioni edilizie e che, quindi, il cambio della natura dell'atto conclusivo non ha tolto allo stesso il carattere di atto vincolato.

Ed infatti, solo con la legge n. 10 del 1977 (cd. legge Bucalossi)<sup>36</sup> si stabilisce chiaramente che ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia, è "subordinata a concessione da parte del sindaco". Il dato veramente nuovo di tale legge, oltre alla previsione di una partecipazione agli oneri concessori a carico del proprietario-costruttore, è il passaggio dal sistema della licenza a quello della concessione; il passaggio cioè da un tipo di provvedimento autorizzatorio - che rimuove un limite all'esplicazione di un diritto preesistente - a quello concessorio, attributivo di un diritto "nuovo" nel patrimonio dell'istante<sup>37</sup>.

Sicché il mutamento della terminologia legislativa non appariva affatto casuale, in quanto sorretto dalla nuova configurazione dello *ius aedificandi* in termini di estraneità al contenuto del diritto di proprietà: i sostenitori della riserva a favore dello Stato della facoltà di edificare non avevano più difficoltà ad affermare come lo *ius aedificandi* si scindesse dal diritto di proprietà, ritenendo che il primo, proprio perché oggetto di una "concessione", non appartenesse al privato, il quale avrebbe potuto ottenere la concessione edilizia dietro il pagamento di un contributo, da intendersi come corrispettivo per l'uso di un bene pubblico (lo *ius aedificandi*), in base alle utilità che ne potrebbe trarre il concessionario e alle dimensioni dell'intervento<sup>38</sup>.

Gli argomenti principali<sup>39</sup> a sostegno della suddetta tesi sono stati criticati da chi, negando l'avvenuto scorporo tra proprietà e *ius aedificandi*, ha ritenuto

---

<sup>36</sup> Tutto ciò era agevolmente desumibile dalla relazione governativa al disegno di legge n. 500, presentato alla Camera il primo ottobre 1976, e divenuto poi legge 28 gennaio 1977, n. 10, ove si affermava, fra l'altro, che per effetto della subordinazione dell'attività edificatoria alla concessione rilasciata dall'Autorità pubblica "non può parlarsi di vincoli prima del formale provvedimento di concessione". Il resto della relazione può leggersi in A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, cit., p. 457 ss.

<sup>37</sup> P. VIRGA, *op. ult. cit.*, p. 15-16.

<sup>38</sup> A. PREDIERI, *op. ult. cit.*, p. 450.

<sup>39</sup> Si è anche sostenuto che la legge n. 10/1977, operando la scissione predetta, chiudeva il periodo di incertezza - iniziato con la sentenza n. 55 del 1968 - in ordine all'indennizzabilità dei vincoli, sancendo un sistema perequativo tra i proprietari fondiari. Considerando infatti lo *ius aedificandi* separato dal diritto di proprietà e attribuito solo in seguito ad un atto amministrativo, verrebbe meno l'ostacolo maggiore - di origine costituzionale - per determinate modalità di attuazione della pianificazione urbanistica. In considerazione di ciò, pertanto, l'intervento autoritativo non si avrebbe più a danno di singoli proprietari, ma

che le scelte discrezionali della pubblica amministrazione ed il correlativo potere di incidere sulle situazioni giuridiche del privato si arrestassero con l'adozione degli strumenti urbanistici generali. E' in tale momento infatti che la valutazione degli interessi pubblici e privati determina le modalità attraverso cui potrà esercitarsi la *facultas aedificandi*, con la conseguenza che, risultando rigorosamente determinati i parametri ai quali dovrà conformarsi l'Autorità preposta al rilascio dell'atto di concessione, questo si porrà come essenzialmente vincolato, residuando al Comune ambiti di discrezionalità amministrativa molto limitati<sup>40</sup>.

Si è inoltre osservato che la distinzione tra "licenza" e "concessione edilizia", stante il testuale richiamo operato dall'art. 4, comma 1, legge n. 10/1977 alla nuova formulazione dell'art. 31 della legge n. 1150/1942, è solo formale, risolvendosi in un argomento essenzialmente terminologico<sup>41</sup>, e che la previsione della legittimazione alla richiesta di rilascio della concessione edilizia a favore del proprietario del fondo interessato (e degli altri soggetti aventi titolo per richiederla), chiarirebbe la perdurante titolarità dello *ius aedificandi* in capo al proprietario. Anche l'argomento innovativo facente leva sulla "pretesa" onerosità della concessione, è stato ridimensionato, dal momento che esso può servire solo a segnare il passaggio "da un sistema che consentiva al proprietario di appropriarsi liberamente di tutto l'aumento di valore che la prospettiva edificatoria comportava, ad un sistema in cui una parte, anche notevole, di tale aumento di valore viene destinata alla collettività"<sup>42</sup>, a riprova del fatto che - pur vertendosi in tema di diritto a contenuto tendenzialmente illimitato - è connaturato al concetto di proprietà l'idea del limite, oltre al quale quel diritto non ha possibilità di esplicazione.

---

opererebbe una diversa determinazione del contenuto del diritto di proprietà, non più in contrasto con il dettato costituzionale. Si otterrebbe, così, un trattamento uniforme riservato ai proprietari fondiari di fronte alle diverse previsioni dei piani urbanistici. In tal senso A. BARUCCHI, *Jus aedificandi e proprietà dei suoli*, Torino, 1976, p. 87 ss.

<sup>40</sup> P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 384.

<sup>41</sup> A. GAMBARO – P. SCHLESINGER, *Commento all'art. 1 della legge 28 gennaio 1977 n. 10*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, I, p. 20.

<sup>42</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 517.



In realtà, la tesi dell'attribuzione del diritto di edificare nella sfera di disponibilità del pubblico potere, ancorché sostenuta da illustrissimi autori<sup>43</sup>, appariva viziata da un equivoco di fondo, in quanto nel nostro sistema la concessione amministrativa può essere data solo al proprietario o ai titolari di diritti da esso derivati e la Pubblica Amministrazione non può affatto decidere autonomamente di costruire su fondi privati o concedere di edificare all'infuori del proprietario<sup>44</sup>.

Da quel momento, dunque, veniva affermandosi la concezione della proprietà conformata secondo la quale il tipo di utilità che si può trarre dal bene, almeno per la proprietà edilizia, deriva dalla sua vocazione urbanistica<sup>45</sup>.

Si è, infatti, osservato che né l'elemento nominalistico consistente nell'aver qualificato "concessione" l'autorizzazione ad edificare né l'imposizione di un contributo per il rilascio della suddetta concessione, possono assumere carattere di decisività, in quanto detta impostazione ha natura sostanzialmente tributaria<sup>46</sup>. Del resto, pur volendo estremizzare la tesi *cd. della conformazione*, dovrebbe riconoscersi l'abrogazione delle norme civilistiche in materia di superficie, sotto forma di concessione *ad aedificandum*, nonché

---

<sup>43</sup> A.M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, cit., p. 73 ss.; A. PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, cit., p. 48 ss. Per una sintesi del dibattito inerente allo *ius aedificandi*, G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1986, p. 24 ss., il quale conclude nel senso della persistente inerenza.

<sup>44</sup> In questi termini, N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, cit., p. 1069.

<sup>45</sup> Se, infatti, si è proprietari di un terreno a vocazione edilizia, su di esso sicuramente si può esercitare lo *ius aedificandi*, anche se devono essere rispettati i canoni dettati dall'autorità pubblica. Se, invece, il terreno di cui si è proprietari ha un'altra destinazione, per esempio agricola, lo *ius aedificandi* viene meno, né il Comune lo potrebbe attribuire perché non rispetterebbe la regolamentazione del territorio che esso stesso si è data. Per queste ragioni si è giunti a ritenere che la proprietà è conformata non solo per il proprietario, ma anche per l'autorità pubblica, tanto è vero che se il Comune vuole attribuire il diritto di costruire ad un terreno che non ha vocazione edilizia deve preliminarmente apportare delle varianti al piano regolatore generale e modificarlo.

<sup>46</sup> G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., p. 28. Alla stregua di tale impostazione, si è rilevato che, a voler ritenere attuato il trasferimento dello *ius aedificandi* allo Stato, dovrebbero tacciarsi di illegittimità costituzionale le relative leggi per non averne previsto l'indennizzo ex art. 42, comma 3 Cost. Il problema, infatti, si pone unicamente nei confronti di quei proprietari che vedono fortemente ridotte o, addirittura in taluni casi abolite, le potenzialità edificatorie delle proprie aree senza corresponsione di alcun indennizzo. In tal senso, cfr. anche V. CAIANIELLO, *Momenti costitutivi dello ius aedificandi*, in *Foro amm.*, 1983, p. 558 ss.; R. ALESSI, *Primi rilievi sulla L. 28 gennaio 1977 n. 10*, in *Cons. Stato*, 1976, II, p. 1387.

l'impossibilità di costituire un qualunque rapporto giuridico avente ad oggetto la facoltà di edificare, come la *servitus inaedificandi* o la *servitus altius non tollendi*<sup>47</sup>.

Ad alimentare il dibattito sulla natura dello *ius aedificandi* è intervenuta nuovamente la Corte Costituzionale con la sentenza n. 5 del 30 gennaio 1980<sup>48</sup> che, dichiarando la illegittimità di alcune disposizioni della legge n.865 del 1971 (cd. *legge sulla casa*) che ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione facevano riferimento al mero valore agricolo medio del suolo trascurandone completamente la suscettibilità edificatoria, espresse, ancorché sotto forma di *obiter dictum*, un diverso avviso: quello, cioè, di continuare a riconoscere nello *ius aedificandi* una delle essenziali e, in quanto tali, insopprimibili manifestazioni del diritto di proprietà, onde la non decisività del linguaggio legislativo, nel senso che la concessione in nulla si differenzierebbe dall'antica licenza edilizia. E tale orientamento ha trovato rigorosa conferma nella sentenza 5 maggio 1983 n. 127, preceduta dalla conforme pronuncia del Consiglio di Stato 19 febbraio 1982 n. 122.

L'interesse al dibattito intorno allo *ius aedificandi* - sopra tracciato solo per grandi linee - va spiegato con l'esigenza di comprendere un fenomeno che, in senso lato, sembra intaccare il contenuto del diritto di proprietà: pertanto, stabilire che esso appartenga al proprietario non è indifferente, giacché rappresenta il presupposto e la condizione della cessione di cubatura, strutturata come negozio autonomo di natura privatistica e, in particolare, quando alla stessa si connettono effetti reali. Risulta, invece, irrilevante al fine dell'inquadramento giuridico dei trasferimenti di cubatura per quelle teorie che qualificano l'accordo di cessione come un negozio ad effetti obbligatori, dal momento che con esso il proprietario non trasferirebbe qualcosa all'*accipiens* e la stessa titolarità attuale del diritto negoziato non sarebbe un elemento necessario del contratto<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 517.

<sup>48</sup> In *Riv. giur. edil.*, 1980, I, p. 17.

<sup>49</sup> Riconosce natura meramente obbligatoria e non reale al negozio di trasferimento di cubatura, A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, cit., p. 93. L'Autore

L'affermazione necessita però di alcuni chiarimenti, anche al solo fine di rimarcare una certa diversità tra lo *ius aedificandi* e le facoltà proprietarie.

Quanto alla natura giuridica dei diritti edificatori, su cui si tornerà ampiamente in seguito, sembra preferibile ai fini dell'indagine ora svolta, la tesi di chi<sup>50</sup> sottolinea l'esigenza di separare tali posizioni soggettive dallo *ius aedificandi*: quest'ultimo è una facoltà inerente alla titolarità del diritto di proprietà e benché anche il diritto edificatorio sia legato alla titolarità, solo questo è trasferibile autonomamente rispetto al diritto sulla cosa. In particolare, lo *ius aedificandi* è il diritto all'esercizio di un'attività economica di trasformazione del suolo mediante la realizzazione di opere edilizie sottese ad un regime amministrativo<sup>51</sup>. Tale attività è sottoposta al potere conformativo della pianificazione urbanistica con la quale si individuano le proprietà su cui la stessa può esercitarsi: gli strumenti urbanistici possono attribuire a tutti i proprietari una certa misura di edificabilità, espressa dai diritti edificatori, anche se non è riconosciuto il potere di trasformazione connesso allo *ius aedificandi*. Pertanto, il rapporto tra questo ed i diritti edificatori è di tipo quantitativo in quanto i diritti indicano la misura dello *ius aedificandi* esercitabile sul fondo. Con tale ipotesi ricostruttiva si ha l'indubbio vantaggio di non scorporare lo *ius aedificandi* in sé ma solo una certa misura dello stesso, risolvendo il problema della legittimità costituzionale delle leggi regionali che prevedono il decollo dei diritti edificatori. Ciò che può essere oggetto di trasferimento sono esclusivamente i

---

ritiene che, pur potendo lo *ius aedificandi* continuare ad appartenere al proprietario del suolo, sebbene sia sottoposto ad una disciplina che rende il titolare della situazione di appartenenza niente affatto arbitro dei "destini dell'oggetto di essa", conclude che poiché "ai fini del contratto di compravendita la titolarità attuale della proprietà in capo al venditore non è affatto un elemento necessario del negozio...la conclusione di un negozio volto al fine di trasferimento non è essenzialmente condizionata all'esistenza della situazione di appartenenza in capo al promittente : questa condizione invero è imprescindibile solo se si ricollega al contratto traslativo l'effetto reale".

<sup>50</sup> A. MALTONI, *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Napoli, 2009, p. 87.

<sup>51</sup> A. MALTONI, *ult. op. cit.*, p. 98.

diritti edificatori, vale a dire i volumi realizzabili che atterrano su un altro fondo, in relazione al quale il potere di trasformazione è comunque condizionato dal rilascio del titolo abilitativo, la cui estensione è indicata proprio dai diritti edificatori trasferiti. In particolare, il contenuto dei diritti edificatori sarebbe una *utilitas* del fondo in senso economico – giuridico poiché tale è la trasformazione edilizia dello stesso, in quanto realizzante un plusvalore del bene oggetto del diritto di proprietà. Tale impostazione utilitaristica sarebbe in contrasto con la teoria civilistica dell’assimilazione dei diritti edificatori a beni liberamente trasferibili tra privati ed imporrebbe di classificare i diritti edificatori come interessi di carattere pretensivo alla realizzazione di una determinata volumetria<sup>52</sup>. La *chance* legata all’interesse pretensivo consiste nella seria e concreta possibilità che il titolare del diritto edificatorio conseguia il bene finale oggetto dello stesso, vale a dire la possibilità di trasformare il fondo secondo la volumetria espressa nello stesso diritto edificatorio.

Preliminarmente è opportuno distinguere la fase di incidenza del diritto in esame sulla situazione proprietaria privata, dalla fase del rilascio del provvedimento amministrativo, che investe il successivo profilo pubblicistico. Ciò impone l'esame separato della disciplina privatistica delle situazioni di titolarità sui beni immobili<sup>53</sup>, dalla disciplina della proprietà edilizia<sup>54</sup>, in quanto la totale riconduzione dello *ius aedificandi* alle facoltà espresse dalla proprietà-godimento, per la sua genericità, comporta il rischio di operare una confusione tra lo statuto della proprietà privata e quello della proprietà edilizia, così come tracciato dal codice civile (artt. 869, 872 c.c.), con il risultato di sovrapporre i due piani di disciplina<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, II, p. 302. L'autore collega tale impostazione alla risarcibilità e negoziabilità degli interessi legittimi.

<sup>53</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 517

<sup>54</sup> La proprietà edilizia, così come definita dalla Relazione del codice civile, si risolve in un duplice controllo pubblico: sulle attività edilizie e sull'uso del territorio.

<sup>55</sup> A. DI MAJO - L. FRANCARIO, voce *Proprietà edilizia*, cit., p. 339, ricordano che all'origine di tale ambiguità è senz'altro la collocazione sistematica che il codice civile assicura alla proprietà edilizia: questa viene individuata in tale sede non solo quale una

Si osserva, tuttavia, che tutte le teorie sullo *ius aedificandi* postulano, in ultima analisi, il riferimento *tout court* ad una facoltà proprietaria, sia che il potere di edificare si faccia risalire *naturaliter* al privato sia che lo si riferisca, invece, alla pubblica amministrazione<sup>56</sup>.

La *facultas aedificandi* sul proprio fondo non va intesa come una situazione giuridica tutelabile indifferentemente dalle norme di diritto privato o da quelle della legislazione speciale, poiché lo stesso codice civile distingue, all'interno delle leggi speciali e dei regolamenti edilizi comunali, le disposizioni che integrano e modificano il codice civile nella parte relativa ai rapporti tra proprietari, da quelle che invece lo completano nelle disposizioni concernenti gli interessi di ordine generale<sup>57</sup>.

Pertanto, se è vero che i diversi regimi giuridici possono sovrapporsi quando la violazione di norme edilizie produce conseguenze anche sui rapporti privati<sup>58</sup>, è anche vero che allo *ius aedificandi*<sup>59</sup> deve riconoscersi una propria autonomia giuridica rispetto alle situazioni proprietarie tradizionali<sup>60</sup>.

---

"specie" di proprietà fondiaria destinata all'utilizzazione edificatoria, ma anche quale proprietà dell'edificio.

<sup>56</sup> In tal senso, A. DI MAJO - L. FRANCARIO, *op. ult. cit.*, p. 355. Inoltre, A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, cit., p. 92, fa rilevare che la teoria dell'appartenenza alla P.A. non indica mai a quale categoria di beni ed elementi del patrimonio pubblico tale facoltà debba essere ascritta. E la stessa giurisprudenza non disdegna questa impostazione, poiché è dato leggere nelle pronunce sul trasferimento di cubatura che, "per volontà delle parti e attraverso l'assenso del comune, si verifica il trasferimento di una delle facoltà in cui si estrinseca la proprietà fondiaria". Cfr., per tutte, Cass. 9 marzo 1973 n. 641 in *Foro it.*, 1973, I, c. 2117.

<sup>57</sup> Da ultimo, Cass. 7 giugno 1994 n. 5508 in *Giur. it.*, 1995, I, p.437.

<sup>58</sup> La fattispecie ricorre quando, ad esempio, restano inadempiti gli obblighi di eseguire le opere di urbanizzazione - contenuti nelle convenzioni edilizie o nelle c.d. impegnative - posti a carico dei privati. In tal senso, A. FRIGNANI, *Gli interessi dei privati in caso di mancata attuazione delle opere di urbanizzazione*, relazione al convegno "Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati", Bari 29-30 aprile 1977, in Atti del convegno dallo stesso titolo, Giuffrè, Milano, 1978, p. 377.

<sup>59</sup> Sembra alludere ad una totale coincidenza dello *ius aedificandi* con la proprietà edilizia G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, cit., p. 27.

<sup>60</sup> Sotto altro profilo, si è osservato che anche sul piano terminologico lo *ius aedificandi* non si identifica con il diritto vantato sulla cosa, dal momento che indica il potere di compiere attività materiali di trasformazione delle cose immobili, che sono disciplinate dal diritto positivo in maniera autonoma, e che non rientrano nelle indifferenziate attività cui di fatto il proprietario su una cosa immobile può realizzare, con il solo limite - negativo - costituito dagli atti emulativi (art. 833 c.c.). Da qui la necessità che il titolare del potere sulla cosa immobile, per esplicare quelle particolari attività, acquisisca anche la titolarità di un potere autonomo rispetto a quello vantato sulla cosa. A riprova della correttezza dell'impostazione

Si è così chiarito che un conto è rimarcare l'estraneità alla condizione del proprietario immobiliare del potere di edificare, potere che è possibile acquisire solo in base ad un provvedimento amministrativo conforme alle previsioni di piano; altro conto è dubitare, sul piano più strettamente privatistico, della stessa sussistenza nel nostro ordinamento del diritto di superficie, nella forma della concessione *ad aedificandum*<sup>61</sup>.

Da tale assunto sembra che la prima ipotesi faccia riferimento ad una situazione di legittimazione (a richiedere la concessione edilizia), mentre l'altra alluda ad una situazione di titolarità, che viene regolata - come detto - dalla disciplina privatistica delle situazioni di appartenenza a base proprietaria. Quest'ultima disciplina è dettata dalla duplice esigenza di garantire al proprietario che nessuna trasformazione significativa dell'immobile possa essere intrapresa da soggetti non legittimati, come anche di predisporre - una volta sorta la situazione di appartenenza - adeguate azioni per tutelarla ed idonei strumenti negoziali per favorirne la circolazione<sup>62</sup>.

In ogni caso sembra interessante notare che se la cessione dei diritti edificatori viene definita come un trasferimento dello *ius aedificandi*, nondimeno non si può tralasciare il fatto che tale operazione potrebbe svuotare completamente di contenuto la titolarità del diritto di proprietà, realizzando una compressione del diritto talmente grave da far pensare ad una compromissione del contenuto minimo del diritto, così come individuato dalla giurisprudenza costituzionale. L'asserita autonomia dei diritti edificatori dallo *ius aedificandi*, pertanto, sembrerebbe garantire l'inerenza dello stesso al diritto di proprietà e risolvere, altresì, i delicati problemi di qualificazione giuridica dei trasferimenti di volumetria<sup>63</sup>.

---

testé riferita, può guardarsi ai rischi che si nascondono dietro ad un uso promiscuo della categoria - eccessivamente generica - dello *ius aedificandi*, con la conseguenza di confondere le diverse utilità ricavabili dalla titolarità sulla cosa. In questi termini, V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 481.

<sup>61</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 517; A. DI MAJO - L. FRANCARIO, voce *Proprietà edilizia*, cit., p. 355.

<sup>62</sup> A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 517.

<sup>63</sup> In tal senso: F. SAITTA, *Jus aedificandi o... dovere di costruire?*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, VI, p. 416. In senso contrario, A. DI MAJO - L. FRANCARIO, *op. ult. cit.*, p. 354; A.

In conclusione, nella fase genetica della cessione di cubatura sarebbero coinvolte prerogative della proprietà in senso tradizionale e non lo *ius aedificandi*, e ciò spiegherebbe come in tale fase venga il rilievo il ruolo dell'autonomia negoziale e come il problema del rapporto tra l'intervento dell'Autorità, a tutela di interessi superindividuali, e quel negozio si porrebbe solo in fase successiva.

### ***3. La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico***

Caratteristica essenziale del negozio di cessione di cubatura - e che ne rende difficile la classificazione - è quella di coinvolgere interessi di diversa natura: da un lato, l'interesse tipicamente privato dei proprietari dei due fondi consistente nell'ottenimento della concessione ad edificare, dall'altro il superiore interesse pubblico che è quello di vedere rispettate le prescrizioni dello strumento urbanistico e di evitare che l'atto *de quo*, incidendo sull'assetto urbanistico-edilizio del territorio, divenga lo strumento per eludere gli obblighi ed i divieti posti dal piano regolatore, ad esempio concentrando eccessivamente la volumetria disponibile o aumentando surrettiziamente la volumetria edificabile.

Il negozio di cessione di cubatura si colloca, dunque, in una zona di confine tra il diritto privato ed il diritto pubblico: pertanto, nella ricostruzione della figura in esame non si può trascurare la rilevanza della Pubblica Amministrazione.

L'effetto traslativo della volumetria è il risultato finale cui si perviene attraverso due atti distinti ma fra loro intimamente collegati: con un primo atto di natura privatistica, concluso dai proprietari delle aree, viene volontariamente limitata la possibilità edificatoria di un fondo a favore dell'altro; con il secondo atto, ovvero un provvedimento amministrativo, viene autorizzata dal Comune la realizzazione su uno dei terreni di un

---

TRABUCCHI, *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in Riv. dir. civ., 1980, II, p. 42 ss., che giunge a ritenere *obiter dictum* l'affermazione contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale n. 5 del 1980, sopra citata.

fabbricato di una cubatura in misura maggiore di quella di cui si è spogliato l'altro fondo.

Il collegamento tra i due rapporti giuridici è tanto intenso da non prodursi alcun effetto traslativo della cubatura se venga instaurato uno solo di essi senza dar seguito all'altro: "ed infatti, come il negozio giuridico non seguito dall'atto amministrativo non è in grado di realizzare la cessione di cubatura, allo stesso modo non può emettersi il provvedimento amministrativo se questo non sia stato preceduto dall'atto negoziale. Quest'ultimo, coinvolgendo posizioni di diritto privato nonché interessi generali legati al corretto sviluppo urbanistico dei suoli, necessita dell'approvazione della P.A. per realizzare pienamente i suoi effetti; l'atto amministrativo (concessione edilizia o altro provvedimento) che determini lo spostamento volumetrico da un fondo all'altro, in assenza di una puntuale manifestazione di volontà privata, non è idoneo a creare un vincolo di inedificabilità sul fondo cedente la cubatura, tale da poter essere fatto valere sul piano privatistico"<sup>64</sup>. Ed infatti il provvedimento emesso senza il previo consenso al trasferimento di cubatura sarebbe illegittimo perché dispensato in spregio degli standard edilizi e come tale soggetto ad impugnazione dinanzi al giudice amministrativo.

È stato sottolineato<sup>65</sup> che, se si enfatizza la fase genetica della cessione, rappresentata dall'accordo tra le parti, la disciplina del caso andrebbe rinvenuta nel diritto privato, laddove, invece, ponendo attenzione alla fase conclusiva del rilascio del permesso di costruire maggiorato, il ricorso alle regole del diritto amministrativo sarebbe indispensabile. In realtà, il collegamento tra i due segmenti della fattispecie, non può giungere sino ad

---

<sup>64</sup> M. LEO, voce *Trasferimento di volumetria* cit., p. 710.

<sup>65</sup> M. LEO, *op. ult. cit.*, p. 710, rileva che "l'intreccio tra il diritto privato e il diritto amministrativo è espressione di un fenomeno più generale"; M. MARE', *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, cit., p. 1347, afferma che "sotto la spinta della legislazione specialistica, ha coinciso la disgregazione del sistema codicistico da un lato e la sempre meno netta separazione tra diritto privato e pubblico dall'altra"



attribuire ad uno dei due un carattere tale da affermarne la prevalenza assoluta delle sue regole sull'altro.

Il rilascio della concessione edilizia maggiorata integra, dunque, una *condicio iuris* alla quale è subordinata l'efficacia del negozio concluso dai proprietari, da cui discende solo il trasferimento della cubatura<sup>66</sup>. È evidente, infatti, che l'imposizione del vincolo di inedificabilità è funzionalmente finalizzato all'incremento edificatorio del fondo contiguo: il mancato rilascio della concessione edilizia priva detto vincolo di qualsiasi giustificazione determinandone così l'inefficacia.

È importante, tuttavia, precisare che il vincolo di inedificabilità a carico del fondo cedente ed il corrispondente incremento di volumetria a favore del fondo cessionario derivano solo ed esclusivamente dalla volontà dei privati. Al negozio di diritto privato finalizzato alla cessione di cubatura, seppur collegato al provvedimento amministrativo, non può negarsi autonoma rilevanza tra le parti, indipendentemente dall'esito del procedimento amministrativo teso al rilascio della concessione edilizia<sup>67</sup>.

In altri termini, il contratto – a prescindere dal rilascio o meno della concessione edilizia da parte dell'autorità comunale e, quindi, indipendentemente dall'acquisto o meno della rilevanza pubblica – conserva

---

<sup>66</sup> M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., p. 699 ss., il quale ricorda che un tale risultato può essere qualificato come *condicio facti* dal momento che la cessione di cubatura potrebbe prescindere da un'espressa previsione degli strumenti urbanistici, o ancora come presupposizione atteso che il rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato all'avente causa è una situazione giuridica futura, comune ad entrambe le parti, oggettiva ed indipendente dalla loro volontà, che in ogni caso i contraenti, anche in difetto di espressa previsione hanno tenuto senz'altro in debita considerazione. In tal senso, anche N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, cit., p. 1078; G. B. PICCO – A. M. MAROCCO, *I c.d. trasferimenti di cubatura*, cit., p. 632. Ancora, F. PATTI - F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 1678 rilevano che il meccanismo condizionale potrebbe atteggiarsi quale condizione risolutiva del mancato rilascio del permesso di costruire per volumetria ampliata o in assenza di una chiara ed espressa previsione pattizia quale presupposizione; in tale lettura, il negozio civilistico sarebbe perfetto, anche se caducabile; gli Autori sottolineano, tuttavia, che una tale interpretazione non basta a legittimare la titolarità della maggior cubatura in capo al cessionario. Sul punto, R. CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, cit., p. 420. Infine, P. DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 222 ritiene preferibile qualificare il rilascio della concessione edilizia come *condicio facti* del negozio di cessione di cubatura.

<sup>67</sup> Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 922. In senso contrario, N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, cit., p. 1088.

comunque tra le parti piena validità di convenzione *iure privato* nella quale troveranno piena applicazione le normali regole che disciplinano la materia contrattuale. E' evidente, infatti, come, a prescindere dalle vicende legate alla successiva fase amministrativa, il negozio crei il vincolo sui beni e soddisfi l'interesse dei privati a consolidare il più possibile nel tempo - fino all'emanazione della concessione edilizia - lo *status* dei fondi interessati. Esso non realizza il trasferimento di cubatura in assenza del provvedimento della P.A. ma garantisce in via immediata la creazione del vincolo di inedificabilità: tale risultato, per quanto parziale, sarà anche opponibile *erga omnes* mediante la trascrizione<sup>68</sup>. Può, dunque, affermarsi che, nella fattispecie in esame, il negozio giuridico intercorrente fra i privati ha vita del tutto autonoma rispetto al rapporto intercorrente fra il proprietario cessionario ed il Comune. La cessione di cubatura si sviluppa su due binari paralleli – quello di diritto pubblico e quello di diritto privato – che, pur conducendo ad un unico risultato unitario (l'incremento della cubatura edificabile), non hanno punti di contatto, per cui le vicende del negozio concluso tra i privati e quelle del rapporto di diritto pubblico rimangono nettamente distinte ed in parte reciprocamente irrilevanti<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Se è pregiudiziale al negozio *de quo* la stipulazione di una servitù, la forma del negozio non può che essere quella prevista dall'art. 1350 c.c., escludendosi pertanto che - come è stato sostenuto - forma idonea al trasferimento *de quo* possa essere il semplice scambio di corrispondenza tra il "cedente" e il "cessionario" la cubatura. In tal senso, M. LEO, voce *Trasferimento di volumetria*, cit., p. 711 ss.

<sup>69</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1121. In tal senso, M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, cit., p. 73 per cui “nella prospettiva dell'accoglimento della costruzione privatistica, va tenuto presente che l'eventuale nullità, o invalidazione successiva, o risoluzione, del contratto di trasferimento di cubatura, ha immediate ripercussioni nei rapporti tra le parti, nel senso di obbligare l'*accipiens* a non avvalersi della facoltà edificatoria non ancora esercitata, in tutto o in parte (ed ancorché, nei rapporti col Comune, egli possa vantare una concessione edilizia).

Infine, il venire meno del titolo privato fa anche venir meno un presupposto della legittimità della concessione edilizia. Ciò, tuttavia, in base alla disciplina urbanistica, non comporta decadenza della concessione, bensì solo possibilità di annullamento d'ufficio da parte del Comune; tale atto, poi, come è noto, è discrezionale e deve essere adeguatamente motivato con riferimento all'interesse pubblico attuale, che non può limitarsi al semplice ripristino della legalità.

Può accadere dunque (soprattutto per ragioni di tutela della buona fede del concessionario e del suo avente causa, o in considerazione dell'avvenuto completamento dell'opera) che il venir meno del titolo privatistico di trasferimento di cubatura non dia luogo all'annullamento della relativa concessione edilizia. In tal caso, si determina un contrasto tra assetto

In quest'ottica si sviluppano le opinioni<sup>70</sup>, in prosieguo trattate, che ravvisano la necessità di creare un vincolo reale che meglio garantisca gli interessi dei titolari delle proprietà coinvolte nell'operazione. Inoltre, contrariamente all'orientamento della giurisprudenza, volto a restringere lo spazio riservato all'autonomia privata nel "governo del territorio", il ruolo centrale della contrattazione privata nell'ambito del trasferimento di cubatura emerge anche qualora si ritenga che il negozio produca effetti meramente obbligatori<sup>71</sup>.

Senza, dunque, negare all'autorità pubblica la decisiva funzione nel processo conformativo della proprietà privata, è generalmente riconosciuto all'autonomia negoziale il compito di organizzare i beni a fini urbanistici<sup>72</sup> e, più precisamente, la funzione integrativa dei programmi di pianificazione pubblica del territorio<sup>73</sup>. Questa incidenza degli accordi negoziali (quanto meno al fine di creare i presupposti necessari ad una eventuale modificazione

---

privatistico dei diritti e regime urbanistico delle aree considerate; per ragioni inerenti al "primato" del diritto pubblico, il vincolo urbanistico rimarrà comunque efficace, fino a che la costruzione in aumento di cubatura non venga demolita. Il venir meno del titolo privatistico pone però il titolare del fondo "servente" in posizione strutturalmente analoga – anche se funzionalmente del tutto diversa – a chi subisca l'imposizione di una servitù coattiva per atto della pubblica amministrazione. È da ritenere, allora, possibile il ricorso all'azione generale di arricchimento".

Nel senso dell'irrelevanza nei confronti della P.A. di eventuali inadempimenti del contratto di cessione di cubatura, v. Trib. Vallo della Lucania, 16 novembre 1982, n. 354, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, p. 261, per cui "queste vicende legittimeranno il cedente a chiedere, nei confronti del cessionario, l'adempimento dell'obbligazione eventualmente assunta da quest'ultimo, come prestazione corrispettiva dell'asservimento, ed il risarcimento dei danni derivatigli dal ritardo dell'adempimento: esse potranno legittimare il cedente anche a chiedere – ove beninteso lo stesso lo ritenga nel suo interesse – la risoluzione dell'atto negoziale privato sottostante, ma con efficacia limitata ai rapporti privati interni tra esso cedente ed il cessionario".

<sup>70</sup> P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, cit., p. 386; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, cit., p. 294; M. COSTANZA, nota a Cass., 14 dicembre 1988 n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 372.

<sup>71</sup> Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 685.

<sup>72</sup> V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi*, in *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, p. 87, che sviluppa il discorso particolarmente sulle convenzioni, considerate come veri e propri contratti.

<sup>73</sup> Si ricordi, altresì, come la nostra disciplina urbanistica conosca da sempre strumenti di origine privata in grado di incidere sulla pianificazione pubblica. In tal senso, A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, cit., p. 226 ss., che tra gli strumenti urbanistici di origine privata, ricorda una serie di convenzioni, tra le quali quelle di lottizzazione ex art. 8 l. 765/1967, quelle previste per la realizzazione dei piani per insediamenti produttivi ex art. 27 l. 865/1971, quelle riferite alla realizzazione dei piani di edilizia economico - popolare (l. 167/1962, art. 35 l. 865/1971).

del piano regolatore da parte della P.A.) spiega come al negozio di trasferimento di cubatura si guardi con favore e come esso venga considerato strumento in grado di conferire alla procedura di pianificazione suddetta quella flessibilità necessaria per far fronte alla sopravvenuta inattuabilità delle prescrizioni di piano<sup>74</sup>.

La presenza dell'interesse pubblico nella cessione di cubatura ha indotto una parte della dottrina – invero minoritaria – a sostenere che tale interesse non può ritenersi adeguatamente tutelato dal collegamento di due negozi distinti, quale il provvedimento di concessione “maggiorata” della Pubblica Amministrazione ed il negozio concluso dai proprietari delle aree edificabili. Quest'ultimo, infatti, essendo un accordo di diritto privato può essere liberamente sciolto per mutuo consenso dalle parti che, in tal modo, possono far cessare a propria discrezione ogni vincolo sull'area, con conseguente grave pregiudizio all'assetto urbanistico del territorio, ponendo il fondo “cedente” in uno stato di inedificabilità permanente<sup>75</sup>.

Si è allora affermato che l'unico modo per salvaguardare pienamente l'interesse della Pubblica Amministrazione potrebbe essere quello di ricorrere ad un diverso strumento giuridico e precisamente ad un accordo complesso - di struttura trilaterale - in cui le parti sono i due privati ed il Comune<sup>76</sup>: in altri termini, i due atti risulterebbero tra loro fusi in un unico accordo concluso tra i privati proprietari e la Pubblica Amministrazione<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> In tal senso A. CANDIAN, *ult. op. cit.*, p. 230 ss.

<sup>75</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1121.

<sup>76</sup> In questi termini, A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 527. Aggiunge N. A. CIMMINO, *op. ult. cit.*, p. 1122, che il Piano Regolatore del Comune di Torino recita all'art. 6 che “nell'ambito del singolo lotto, dell'isolato, del gruppo di isolati o nell'intera zona la cubatura ammessa è trasferibile anche su diverse proprietà purché il trapasso avvenga in sede di piano particolareggiato, previa stipulazione con l'intervento del Comune, di atto pubblico che regoli il trasferimento della cubatura mediante vincolo sulle aree a minore sfruttamento o da mantenere libere, in modo che sia conservata nel complesso la cubatura media di zona”.

<sup>77</sup> N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, cit., p. 1071 afferma che all'accordo medesimo “non può disconoscersi efficacia bidirezionale: efficacia di diritto privato per quanto riguarda i rapporti tra i proprietari delle aree edificabili ed efficacia di diritto pubblico per quel che concerne i rapporti dei proprietari con il Comune”. Nello stesso senso, M. LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, cit., p. 429.

Tale interpretazione è stata respinta dalla prevalente dottrina, confortata anche dalla giurisprudenza della Cassazione<sup>78</sup>, con univoche argomentazioni: è senz'altro vero che il negozio concluso dai proprietari dei terreni confinanti, in quanto accordo tra i privati, può essere sciolto per mutuo consenso delle parti, le quali possono così decidere di eliminare volontariamente il vincolo di inedificabilità; tuttavia, non sembra che ciò possa rappresentare un pericolo per l'interesse pubblico coinvolto. Infatti, l'eventuale nullità o invalidazione successiva del contratto di trasferimento della cubatura, come è stato sottolineato<sup>79</sup>, importa che il cessionario non possa avvalersi della maggiorata capacità edificatoria non ancora esercitata in tutto o in parte.

Se la costruzione non è stata ancora realizzata, il Comune potrà negare il rilascio della concessione edilizia oppure annullare di ufficio la concessione già eventualmente rilasciata; se, invece, la costruzione è già stata realizzata, l'eliminazione del vincolo non implica riespansione automatica della capacità edificatoria del fondo cedente la cubatura, in quanto questo risultato sarà giuridicamente impossibile fino a quando sul terreno esisterà una costruzione che, sulla base di apposita concessione edilizia, abbia esaurito tale possibilità edificatoria<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, c. 685.

<sup>79</sup> In particolare, sulla questione dell'inadempimento del contratto di cessione di cubatura, N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, cit., p. 1087, segnala che va distinta l'ipotesi in cui il contenuto del contratto non contrasta con le prescrizioni urbanistiche, nel qual caso il privato vanta un diritto certo all'esecuzione in forma specifica (ossia al ripristino dello stato anteriore alla violazione) nelle forme previste dall'art. 2933 c.c., che statuisce un generale potere di ottenere l'esecuzione dell'obbligo di non fare mediante la distruzione a spese dell'obligato di ciò che fu realizzato in violazione dell'obbligo medesimo. Appare fruibile nel caso di specie, in considerazione della realtà della fattispecie - ove ricostruita quale servitù - l'azione confessoria di cui all'art. 1079 c.c., devoluta al titolare attuale della stessa. In ipotesi, invece, di contrasto con la disciplina urbanistica vi è una differenza di opinioni: il contratto di cessione di cubatura sarebbe irrimediabilmente nullo, secondo un primo indirizzo giurisprudenziale risalente nel tempo - App. Roma, 24 febbraio 1964, in *Tem. Rom.*, 1964, p. 285 - o piuttosto manterrebbe la propria validità tra le parti, secondo un diverso orientamento - Cass., 23 marzo 1961, n. 651, in *Foro It.*, 1962, I, c. 132 - il quale dichiara da ultimo che non sembra possibile che il negozio possa avere una sua vita autonoma rispetto al rapporto intercorrente tra cessionario e Comune.

<sup>80</sup> Reputa ammissibile in tale caso l'esercizio dell'azione generale di arricchimento senza causa, M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, cit., p. 73. Inoltre, sempre per il medesimo Autore: "in caso di demolizione dell'edificio costruito con l'aumento di cubatura (demolizione che sarà prevista come obbligatoria, fra le parti, nell'accordo di scioglimento (...), o comunque costituirà un effetto «naturale» di tale accordo), i due fondi riacquisteranno

L'innegabile importanza dell'interesse pubblico coinvolto, consistente in un corretto, omogeneo ed armonico sviluppo edilizio del territorio, ha indotto parte della giurisprudenza<sup>81</sup> e parte minoritaria della dottrina<sup>82</sup> ad assumere posizioni piuttosto radicali per cui, nell'ambito della fattispecie in esame, l'autonomia privata avrebbe un ruolo affatto marginale, al punto da risultare addirittura superfluo – sia nei rapporti interni che verso la Pubblica Amministrazione ed i terzi – qualsiasi accordo dei privati proprietari dei fondi: il trasferimento della cubatura da un fondo all'altro si realizzerebbe solo ed esclusivamente in virtù del provvedimento amministrativo di concessione ad edificare, che verrebbe così a rappresentarne il momento costitutivo.

Secondo tale orientamento, quindi, il trasferimento di volumetria prescinderebbe da un qualsiasi accordo contrattuale; quel che, invece, si ritiene necessario e sufficiente è la semplice adesione del proprietario cedente, comunque manifestata.

Il negozio di diritto privato, eventualmente concluso tra i proprietari dei terreni, certamente valido ed efficace, non influirebbe in alcun modo sul procedimento amministrativo finalizzato al rilascio della concessione edilizia cd. "maggiorata", ma spiegherebbe i suoi effetti solo tra le parti; conseguentemente, tutte le possibili vicende di detto negozio risulterebbero assolutamente irrilevanti per la Pubblica Amministrazione.

Va, altresì, segnalato un primo indirizzo giurisprudenziale, ormai risalente<sup>83</sup>, che, pur concorde nel ritenere non necessario per la cessione di cubatura alcun negozio privato, richiede tuttavia che il proprietario cedente formalizzi la sua adesione in un atto d'obbligo unilaterale, da sottoporre alla normale

---

le *chances* edificatorie che possedevano prima del trasferimento di cubatura, o potranno essere oggetto di una diversa distribuzione di tali *chances*, secondo il contenuto dell'accordo". Dunque, la previsione contenuta nel piano regolatore di Torino, da cui si è voluta far discendere una conseguenza inaccettabile ovvero la qualificazione del negozio di trasferimento di cubatura come negozio trilaterale, può essere considerata un'eccezione, per cui la relativa disciplina non può trovare generale applicazione.

<sup>81</sup> Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, *cit.*; Cass. 12 settembre 1998, n. 9081, in *Rep. Giur. it.*, 1998, in *Edilizia e urbanistica*, p. 632.

<sup>82</sup> M. COSTANZA, nota a Cass., 14 dicembre 1988 n. 6807, *cit.*, p. 373.

<sup>83</sup> Trib. Vallo della Lucania, 16 novembre 1982, n. 354, *cit.*, p. 261.

pubblicità della trascrizione, non ritenendosi sufficienti altre forme di adesione ricorrenti nella prassi (quali, ad esempio, la sottoscrizione congiunta dell'istanza di rilascio della concessione edilizia o la sottoscrizione degli allegati planovolumetrici del progetto) in quanto, ovviamente, non trascrivibili e pertanto ritenute inidonee a tutelare i terzi<sup>84</sup>.

Le conclusioni cui è più volte giunta la giurisprudenza, sia di legittimità che amministrativa, non sembrano, tuttavia, meritevoli di essere condivise anche alla luce della recente riforma in tema di trascrizione dei diritti edificatori.

Si è detto, infatti, che se non vi è ragione di dubitare della legittimità e della piena validità fra le parti del negozio giuridico in esame - potendosi in tal caso discutere solo sulla sua natura giuridica - non si comprende come siffatto accordo possa poi risultare del tutto irrilevante per la Pubblica Amministrazione che, invece, si limiterebbe ad un mero atto di asservimento del privato; né come possano risultare parimenti irrilevanti anche tutte le vicende successive alla stipulazione eventuale del contratto di cessione di volumetria. Inoltre, la mancanza di trascrizione del vincolo di inedificabilità verrebbe a pregiudicare gravemente la fondamentale esigenza di tutela dei terzi acquirenti, i quali rimarrebbero in tal modo esposti al forte rischio di acquistare inconsapevolmente un suolo vincolato senza essere stati in grado di verificare la sussistenza del vincolo stesso. Non può, infatti, assurgere a

---

<sup>84</sup> In senso conforme si era espressa anche la giurisprudenza amministrativa che, se da un lato richiedeva che il vincolo di inedificabilità risultasse da un atto di obbligo unilaterale, dall'altro però non riteneva necessaria alcuna forma di pubblicità, essendo la tutela dei terzi assicurata anche dalla semplice annotazione del vincolo negli atti urbanistici del comune: restava, pertanto, essenziale unicamente che l'amministrazione assumesse una esplicita determinazione sulla richiesta di asservimento, così da far sorgere il vincolo ed impedire una successiva utilizzazione dell'area per un ulteriore scopo edificatorio. In tal senso, TAR Umbria, 24 gennaio 1990, n. 7, in *Foro Amm.*, 1990, I, p. 2100. Sull'evoluzione del ruolo della trascrizione in materia G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, p. 359 ss.; l'Autore ricorda che i vincoli reali nascenti da convenzioni urbanistiche ed atti d'obbligo in materia edilizia oscillano tra una qualificazione di tipo pubblicistico (in cui la trascrizione è elemento di perfezionamento del procedimento amministrativo) e una qualificazione privatistica in termini di obbligazione *propter rem* in cui l'opponibilità discende evidentemente dall'attuazione della pubblicità immobiliare. La questione più complessa si pone, continua l'Autore, allorché la legge non preveda la trascrizione espressa della convenzione urbanistica in esame; in tali casi, la trascrizione deve ritenersi ammissibile ogni qualvolta detta opponibilità sussista in conformità al principio di cui all'art. 2645 c.c., con la sola esclusione delle ipotesi nelle quali tali convenzioni abbiano contenuto squisitamente obbligatorio.

garanzia di adeguata informazione e tutela dei terzi l'annotazione dei vincoli negli atti urbanistici del Comune o la mera sussistenza di provvedimenti amministrativi che legittimino lo spostamento della cubatura, ancorché contenenti clausole che diano atto del trasferimento stesso<sup>85</sup>.

Non è inoltre ben chiaro come, senza un accordo negoziale fra i privati proprietari dei fondi contigui, si possa realizzare il trasferimento della cubatura edificabile da un suolo all'altro, cioè come la Pubblica Amministrazione possa con un proprio provvedimento, seppure preceduto dall'adesione del cedente, disporre di beni altrui, aumentando la cubatura a favore di un suolo e diminuendola a scapito di un altro che diviene inedificabile.

Del resto, l'esigenza di salvaguardia dell'interesse pubblico sotteso all'intero procedimento non deve indurre nell'errore di soprassedere alla necessità di tutela dell'interesse delle parti a conformare un assetto negoziale per loro soddisfacente. Come è stato acutamente osservato<sup>86</sup>, l'atto di disposizione di un qualsiasi bene richiede inderogabilmente il consenso del legittimo titolare affinché possa essere valido ed efficace; di conseguenza, sembra innegabile che, sotto il profilo civilistico, fra i proprietari dei fondi contigui debba intercorrere un vero e proprio accordo contrattuale e che lo stesso preceda giuridicamente e logicamente l'intervento pubblicistico<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Non è possibile, infatti, reputare sufficienti a tale scopo la mera sussistenza di provvedimenti amministrativi che legittimino lo spostamento della cubatura da un fondo all'altro, ancorché contenenti clausole che diano atto del trasferimento stesso. La sottoscrizione della documentazione amministrativa non può mai surrogare e sostituire la predisposizione di strumenti negoziali, coscienti e volontari che siano a presidio del corrispondente assetto avente carattere squisitamente amministrativistico. In questi termini, M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., p. 699 ss., il quale rileva, ad esempio, che una sottoscrizione non avveduta della documentazione progettuale potrebbe non dare contezza del parziale trasferimento della cubatura voluto dal cedente in luogo del totale trasferimento realizzato in concreto con l'operazione e fornire alle parti adeguati strumenti di tutela.

<sup>86</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1125.

<sup>87</sup> Il punto sulla questione è stato fatto da M. LEO, voce *Trasferimento di volumetria*, cit., p. 711 ss.



In verità, a sostegno di quanto affermato, anche la giurisprudenza amministrativa<sup>88</sup> ha più volte ribadito la opportunità di un negozio giuridico di diritto privato quando taluno voglia utilizzare sul suo fondo anche la volumetria di un fondo contiguo appartenente a diverso proprietario: fondo, quest'ultimo, che deve essere vincolato e posto in una situazione giuridica di inedificabilità.

La peculiarità della fattispecie è, dunque, evidente: le operazioni sulla volumetria si pongono sull'esatto confine tra diritto amministrativo e diritto civile, atteggiandosi la cubatura quale bene che può formare oggetto di diritti nei rapporti interprivatistici e, contemporaneamente, quale interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione, strettamente collegato al potere di pianificazione di quest'ultima. Il rapporto è dunque reciproco: il permesso di costruire maggiorato può essere rilasciato al proprietario del lotto *ad quem* solo qualora sia stato stipulato un negozio idoneo dal punto di vista contrattuale a produrre l'effetto voluto tra le parti.

#### ***4. L'esperienza dei diritti edificatori nella legislazione regionale: perequazione, compensazione e incentivazione. Le scarne regole.***

Le regole che presiedono al governo del territorio hanno subito negli ultimi decenni radicali innovazioni. La disciplina urbanistica, che affonda le proprie radici nelle norme del 1942<sup>89</sup>, improntata ad un rigido *zoning*, eredità dell'urbanistica razionalista, al pari del sistema degli *standard* - retto da un logica parametrica - e dei vincoli preespropriativi, diretti alla separazione delle aree sulle quali realizzare le opere pubbliche, è superata oggi dalla ricerca di soluzioni tecniche rivolte a favorire la compresenza di strumenti

---

<sup>88</sup> Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 1970, n. 925, in *Rep. Giur. it.*, 1970, in *Edilizia e urbanistica*, p. 155; Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 1971, n. 632, *cit.*, p. 632; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 1973, n. 178, *cit.*, p. 178.

<sup>89</sup> Il riferimento è, naturalmente, alla legge urbanistica del 17 agosto 1942, n. 1150. In particolare, sull'evoluzione del cd. *zoning*: M. MIGLIORANZA, *Le funzioni delle zone e degli edifici: individuazione e conseguenze*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 245.

che meglio permettano la realizzazione degli interessi della collettività<sup>90</sup>. È stato segnalato come proprio la progressiva consapevolezza del “parametro suolo” quale risorsa limitata e “non rinnovabile”, abbia imposto “il passaggio da pianificazioni incrementali fondata sulla diffusione urbana a piani connotati da una impostazione fortemente contenitiva, nella quale ogni ulteriore consumo di suolo agro – naturale deve trovare una rigorosa giustificazione”<sup>91</sup>. Si assiste, insomma, ad una frammentazione nella quale

---

<sup>90</sup> Sul punto, E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, II, p. 101. Inoltre, A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in *Giust. Amm.*, 2008, IV, p. 163; E. MICELLI, *La perequazione urbanistica per l'attuazione innovativa di piani e progetti in Atti del XXXIII Incontro di studio*, Firenze, 2003; A. QUAGLIA, *Gli strumenti di concertazione pubblico-privato nelle politiche di rinnovamento urbano*, in Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma tenuto nel mese di marzo 2009 in Milano e nel mese di aprile 2009 in Roma; G. RIZZI, *I crediti edilizi: l'esperienza della Legge Regione Veneto n.11 del 2004*, in Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma tenuto nel mese di marzo 2009 in Milano e nel mese di aprile 2009 in Roma; P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, relazione pubblicata in Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma tenuto nel mese di marzo 2009 in Milano e nel mese di aprile 2009 in Roma, in [www.pausania.it/files/perequazione](http://www.pausania.it/files/perequazione). Sulla problematica dei crediti di volumetria diffusamente: A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, cit., p. 302; P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, II, p. 644; P. URBANI, *Conformazione della proprietà diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 905. Sul tema della perequazione: E. BOSCOLO, *Una conferma giurisprudenziale (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica*, nota a T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, 20 febbraio 2002, n. 845, in *Riv. giur. edil.*, 2003, III, p. 823; S. DE PAOLIS, *Pianificazione di dettaglio e perequazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, p. 527; P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 169; P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, cit.

Per un inquadramento generale delle fattispecie in esame: N. ASSINI, *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, Padova, 2000; N. CENTOFANTI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2008; E. MICELLI, *Perequazione urbanistica*, Padova, 2004; P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000; AA.VV., *Urbanistica e perequazione* a cura di S. Carbonara e C. M. Torre, Milano, 2008.

In tema di lettura della fattispecie dal punto di vista fiscale: A. PISCHETOLA, *Utilizzo di volumetria perequativa e ipotesi di applicabilità delle agevolazioni ex legge n.10 del 1977*, in Studi e Materiali del Cons. naz. not., 2006/1, p. 556.

<sup>91</sup> E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 6., il quale sottolinea anche un problema di formazione del consenso intorno ai modelli della perequazione e della compensazione, dal momento che oggi spesso le uniche possibilità di intervento sono rappresentate dalla “ricucitura di circoscritte aree interstiziali” e che anche in un piano che preveda il mantenimento delle capacità insediative anteriori (i cd. residui di piano), i proprietari delle aree attualmente edificabili chiamati a condividere le possibilità edificatorie vivono tale situazione quale “un'autentica privazione”; rispetto, infatti, ad un piano tradizionale in cui il saldo volumetrico non subisce variazioni mutano “gli esiti individuali”. Questione già segnalata in un risalente saggio da P. STELLA RICHTER, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, p. 123, il quale già all'epoca affermava il carattere intrinsecamente discriminatorio degli schemi tradizionali.

ciascuna amministrazione individua ex ante “i valori ai quali conformare l’azione pianificatoria, gli obiettivi da assumere nella fase di impostazione del piano e da ultimo gli strumenti e le tecniche più efficienti al raggiungimento dei risultati prefissi”<sup>92</sup>.

In tale ottica, il ricorso alle metodiche della perequazione, della compensazione e della incentivazione rappresenta senz’altro espressione dei diritti edificatori largamente intesi. Se dal punto di vista descrittivo la fattispecie può essere facilmente delineata, l’ostacolo concreto risiede piuttosto nella mancanza di una regolamentazione organica della fattispecie nella legislazione nazionale, essendo la disciplina il più delle volte fissata solo in disposizioni di leggi regionali e, ancor più frequentemente, in norme contenute negli strumenti di programmazione urbanistica<sup>93</sup>. In assenza di disposizioni-quadro di rango nazionale, che fissino i punti fermi della disciplina perequativa delineando esattamente il confine tra la competenza statale e la competenza delle regioni<sup>94</sup>, soccorrono, infatti, alcune norme regionali che attribuiscono al Comune interessato lo svolgimento di un ruolo attivo di equilibrio e di garanzia nella contrattazione dei titoli volumetrici.

---

<sup>92</sup> E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p.2.

<sup>93</sup> Si sono registrate importanti esperienze perequative nell’attività pianificatoria comunale, ben prima che in tale direzione evolvesse la legislazione regionale. Basti ricordare il p.r.g. di Reggio Emilia su cui si è pronunciato T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22 in *Riv. giur. urb.*, 2000, I, p. 5 ss., con nota di E. BOSCOLO, *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (il caso del P.r.g. di Reggio Emilia)*; il p.r.g. di Avellino, sul quale TAR Campania – Salerno, Sez. I, 20 febbraio 2002, n. 845, *ivi*, 2003, I, p. 812 ss., con nota di E. BOSCOLO, *Una conferma giurisprudenziale (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica*, cit.; il p.r.g. di Bassano del Grappa, del Comune di Buccinasco, su cui, ancora, T.A.R. Lombardia, Sez. II, 17 settembre 2009, n. 4665, in *Urb. app.*, 2010, p. 513 ss., con nota di A. GIANNELLI, *Perequazione urbanistica: un istituto dalle molteplici applicazioni*.

<sup>94</sup> Sul punto, P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, cit., p. 6, in ordine alla necessità di chiarire e definire la qualificazione dei diritti edificatori. Inoltre, G. RIZZI, *I crediti edilizi: l’esperienza della Legge Regione Veneto n.11 del 2004*, cit., p. 3 precisa che la disciplina urbanistica regionale non può in alcun modo derogare i principi posti dal diritto civile. Mancherebbe, inoltre, la disciplina civilistica applicabile alle fattispecie, certamente non delegabile alla competenza normativa delle singole regioni: la materia del diritto privato, a mente dell’art. 117, comma secondo lettera l della Costituzione (“ordinamento civile”) è esclusivamente riservata alla competenza normativa del Parlamento della Repubblica, restando devoluta, invece, alla legislazione concorrente la regolamentazione del “governo del territorio” (art.117 comma terzo Cost.). Sulla questione della legislazione concorrente in materia di urbanistica e pianificazione del territorio, cfr. sempre G. RIZZI, *op. ult. cit.*, p. 1

Tuttavia, le soluzioni accolte in concreto sull'intero territorio nazionale non hanno il pregio della loro reciproca uniformità e coerenza. È evidente, infatti, come le singole Regioni abbiano regolato la fattispecie in questione in modo del tutto diverso tra loro, come emerge sin dall'impiego di termini non omogenei in ordine alla definizione dei meccanismi urbanistici: si fa rispettivamente riferimento in Veneto, ai *crediti edilizi*, in Lombardia alla *disciplina di incentivazione*, in Umbria agli *incrementi premiali* o alle *compensazioni* e, ancora, nella provincia di Trento alla *compensazione urbanistica*<sup>95</sup>. L'obiettivo delle norme regionali è, ciò nonostante, chiaro: colmare il vuoto normativo, seppure nei limiti concessi dall'ordinamento giuridico nazionale e dal dato costituzionale e, nel contempo, garantire la certezza dei negozi giuridici perequativi<sup>96</sup>.

È necessario, a questo punto, definire i contorni degli istituti della perequazione e della compensazione, che concernono in concreto fattispecie del tutto diverse tra loro<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> A partire dagli anni novanta, numerose sono le regioni che hanno dato spazio alla perequazione nelle proprie leggi urbanistiche, con una disciplina, però, poche volte dettagliata e spesso di principio. Fra le prime, la Toscana (l. r. 16 gennaio 1995, n. 5 ora sostituita dalla l.r. 3 gennaio 2005, n. 1), il Lazio (l. r. 22 dicembre 1999, n. 23), la Basilicata (l. r. 11 agosto 1999, n. 23), la Puglia (l. r. 27 luglio 2001, n. 20), e, più di recente, il Veneto (l. r. 23 aprile 2004, n. 1), la Campania (l. r. 22 dicembre 2004, n. 16), la Lombardia (l. r. 11 marzo 2005, n. 12), l'Umbria (l. r. 22 febbraio 2005, n. 11), il Friuli Venezia Giulia (l. r. 23 febbraio 2007, n. 20), nonché le Province di Trento e Bolzano (l. p. Trento 11 novembre 2005, n. 16, poi sostituita dalla l. p. 4 marzo 2008, n. 1 e l. p. Bolzano 2 luglio 2007, n. 3, in modifica della l. p. 11 agosto 1997, n. 13). Molte norme regionali si limitano a proposizioni di principio, con l'eccezione, ad esempio, della Lombardia, che ha adottato formulazioni più dettagliate, sicché molte amministrazioni comunali hanno delineato schemi perequativi risultanti da una circolazione ultraregionale della modellistica applicativa. Per un'ampia rassegna delle leggi regionali, V. COLONNA, *Nuovo modello di pianificazione e perequazione urbanistica nella legislazione regionale dell'ultimo decennio*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, III, p. 63 ss.

<sup>96</sup> Il dato unificante delle diverse discipline diffuse nel territorio è dato dall'istituto premiale, giustificato proprio dall'esecuzione di interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale, cui vengono aggiunti obiettivi diversi, quali la realizzazione di interventi di edilizia residenziale pubblica (Lombardia, Provincia di Trento, Puglia); la tutela e la valorizzazione dei beni storico-artistici in generale (Lombardia e Veneto); la valorizzazione dei centri storici (Umbria); il risparmio energetico (Lombardia) e infine la prevenzione sismica (Umbria). Sul punto, A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, cit., p. 165.

<sup>97</sup> L'analisi di siffatti orientamenti urbanistici risulta in realtà difficile e complessa, atteso il fatto che le sperimentazioni tecniche sono temporalmente anteriori ed addirittura anche indipendenti dalla regolamentazione delle medesime fattispecie da parte delle norme di fonte

La prima figura che viene in rilievo è la cosiddetta “perequazione edilizia”. Essa “consiste nell’attribuire anche ad aree qualificate dal piano come non edificabili una cubatura potenziale da realizzare altrove, cioè su aree qualificate come edificabili”<sup>98</sup>, realizzando così la separazione tra la conformazione della proprietà e la distribuzione della edificabilità.

La perequazione può essere, altresì, definita quale tecnica urbanistica tendente all’uguale distribuzione dei valori e degli oneri della trasformazione urbanistica del territorio tra tutti i proprietari interessati. Essa rappresenta un rimedio ai difetti e ai costi della pianificazione tradizionale: in particolare, al principale difetto, che è quello discriminatorio di conferire una determinata destinazione ad una singola area, tale da provocare l’alterazione dei valori delle aree territoriali complessivamente considerate, legato al possibile sfruttamento edificatorio delle stesse; al principale costo, che è quello della procedura espropriativa. Ed infatti, la c.d. zonizzazione - con la distinzione tra aree edificabili e non edificabili - porta inevitabilmente a sperequazioni tra i diversi proprietari. Parimenti, la localizzazione delle aree destinate a opere o impianti pubblici, con il conseguente vincolo di inedificabilità funzionale alla successiva espropriazione, da un lato trasforma di fatto quello che formalmente è un diritto - la proprietà di un certo fondo - in un peso, dall’altro, espone l’amministrazione comunale ai costi, eccessivamente onerosi, nonché ai tempi, normalmente lunghi, dello strumento espropriativo. Tecnicamente, con la perequazione si ha l’attribuzione di un medesimo indice edificatorio a tutti i suoli destinati alla trasformazione: ciascun proprietario di un’area edificabile - seppur titolare del diritto di costruire - non può sfruttare in concreto il proprio diritto; ciò in quanto l’area soggetta a perequazione non raggiunge il limite minimo dell’indice di edificabilità previsto; pertanto, il proprietario sarà incentivato a procurarsi altrove la differenza volumetrica al

---

regionale, in assenza anche di un quadro dispositivo nazionale. Il richiamo esemplificativo può esser fatto al piano regolatore di Torino che prescinde dall’assenza di una regolamentazione regionale della materia.

<sup>98</sup> L’espressione è di P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, cit., p. 2.

fine di poter esercitare in concreto la facoltà che gli spetta<sup>99</sup>. Si prevede, cioè, la possibilità per i Comuni di attribuire agli appezzamenti di terreno un indice di edificabilità inferiore a quello minimo fondiario.

A tal fine, è possibile distinguere tra perequazione ristretta (cd. endoambito) e perequazione estesa<sup>100</sup>; distinzione, quest'ultima, che, tra l'altro, è propria di due delle più importanti legislazioni regionali in materia, la normativa veneta e quella lombarda: l'articolo 11, secondo comma, della Legge Regione Lombardia n. 12/2005 prevede espressamente la perequazione generalizzata su tutto il territorio comunale, mentre la Legge Regione Veneto n. 11/2004 prevede solo la figura della perequazione parziale, limitando l'equa distribuzione ai soli immobili interessati agli interventi e quindi compresi in piani attuativi. La perequazione estesa è riferita tendenzialmente a tutto il territorio comunale; quella ristretta è riferita ai comparti oggetto degli strumenti urbanistici attuativi.

Nella perequazione "endoambito", che costituisce il modello più diffuso nelle normative regionali, viene identificato un insieme di aree di proprietà privata che formano un comparto<sup>101</sup>; all'interno di questo, a ciascuna area viene

---

<sup>99</sup> Il modello perequativo tende, insomma, a generare il massimo dell'equità applicando all'intero territorio un unico indice di edificazione, con l'esclusione delle sole zone agricole e del centro storico. In tale luce, in prima approssimazione, la permuta o la cessione delle aree o lo scambio (a titolo oneroso) dei diritti edificatori ripartiti prima di tutto sui *fondi cd. sorgente* permetteranno al tempo della successiva concentrazione dei volumi (*cd. fase di atterraggio*) sui soli *fondi cd. accipienti o riceventi* di garantire anche ai proprietari dei *fondi cd. sorgente* di ottenere una frazione in senso economico o nel senso dello sfruttamento edificatorio dell'attività di trasformazione del territorio urbano interessato dall'intervento. In questo senso, E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 11; P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, cit., p. 905, ricorda che "una certa dose di disuguaglianza è connaturale alla pianificazione urbanistica", dal momento al contrario verrebbe meno la possibilità stessa di differenziare "attraverso tale tecnica, le forme di utilizzazione, di trasformazione e di tutela del territorio".

<sup>100</sup> Ricorda siffatta distinzione dogmatica lo schema proposto da P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, cit., p. 3, tra perequazione di valori (consistente nella monetizzazione dei diritti edificatori unita ai trasferimenti compensativi delle disparità derivanti dalla pianificazione, modello da applicarsi all'intero territorio comunale, di difficile applicazione concreta, che ricorda la *cd. perequazione estesa*) e perequazione di volumi (che si realizza allorché a certe aree o ambiti esattamente individuati, è attribuito un unico indice territoriale, che ricorda la *cd. perequazione endoambito*).

<sup>101</sup> La figura del comparto era già previsto nel nostro ordinamento all'art. 870 cod. civ. e all'art. 23 della Legge 1150/42, che lo indicano come strumento per l'attuazione delle previsioni di piano, suggerendo il consorzio tra i diversi proprietari per distribuire

attribuita un'identica capacità volumetrica proporzionale all'estensione dell'area, ma in ogni caso inferiore al limite minimo fondiario di edificabilità. Contestualmente vengono individuate le aree destinate a servizi ed opere di pubblica utilità e, solo in questa fase, il proprietario di un'area destinata a pubblici servizi od alla realizzazione di opere di interesse pubblico potrà autonomamente decidere di cedere a titolo gratuito o con negozi di natura permutativa tali aree al Comune, attualizzando i diritti edificatori assegnati in seguito alla formazione del piano. In tal modo, i singoli proprietari consentono la realizzazione dell'intervento pubblico e realizzano l'intento di neutralizzare l'iniquo costo a carico di quelle proprietà fondiarie che subiscono il peso della destinazione delle proprie aree ad opere ed infrastrutture di interesse collettivo<sup>102</sup>.

Invero, è proprio il vincolo di attuazione necessariamente unitario delle previsioni di piano a indurre i proprietari a cooperare fattivamente, fatta salva la loro rinuncia generale ai vantaggi edificatori; inoltre, la cooperazione presuppone certamente che la redistribuzione delle aree - e della loro volumetria - sia percepita equa dagli stessi attori della vicenda urbanistica. In tale ipotesi, la perequazione è attuata attraverso delle ricomposizioni fondiarie, che assumono generalmente la forma delle cessioni di volumetria.

La perequazione estesa<sup>103</sup>, invece, costituisce uno sviluppo logico della perequazione attuativa, in quanto si tratta di applicare il principio perequativo

---

vantaggi e svantaggi e che in passato non ha trovato una diffusione completa probabilmente perché la lottizzazione convenzionata è risultata più adeguata alle esigenze di un modello di crescita espansivo della città.

<sup>102</sup> Le finalità distributive della perequazione sembrano, d'altronde, caratterizzare anche istituti già noti, quali il piano di recupero di cui alla Legge 5 agosto 1978, n. 457, ed il sistema delle lottizzazioni convenzionate ex art. 8, legge n. 765/67: istituti che si basano sul principio secondo il quale chi si giova di una previsione urbanistica favorevole ritraendone un certo incremento di valore può legittimamente essere chiamato a sopportare, con una parte di quell'incremento, i costi delle opere di urbanizzazione e, più in generale, della sistemazione urbanistica (Sentenza Corte Costituzionale, 20 maggio 1999, n. 179; Consiglio di Stato, sezione IV, 16 ottobre 2006, n. 6171).

<sup>103</sup> Ne è espressione l'art. 11 comma II della legge della regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12. Si tratta di una fattispecie di minore diffusione territoriale. Sul punto, P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, cit., p. 908, il quale rileva che i diritti edificatori costituiscono in tal modo autonomi beni giuridici che circolano indipendentemente dagli immobili di riferimento.

oltre i limiti imposti dal comparto, interessando l'intero territorio comunale ed è espressamente stabilita da alcune leggi regionali. In essa il piano si limita a prevedere due categorie di fondi, le aree di trasformazione e le aree di conservazione: l'utilizzo del diritto edificatorio che spetta ad un'area non suscettibile di variazione in senso edificatorio potrà avvenire su un altro fondo detto *accipiente*, scelto tra le numerose aree di "atterraggio" previste dal piano e previste quali aree di concentrazione. Non vi è predeterminazione della destinazione dei diritti edificatori, ma il piano si limita a prevedere che ogni trasformazione sia dovuta all'atterraggio di diritti edificatori sull'area dotata di intrinseca edificabilità, di per se stessa insufficiente a consentire la trasformazione dell'area. In tal caso, le parti sono libere di modulare le diverse ipotesi di atterraggio, con l'unico limite di un coefficiente di ponderazione consistente in un indice fondiario differenziato, che consente - nel caso in cui il meccanismo riguardi aree poste in parti del territorio aventi accentuate differenze morfologiche - di far circolare il diritto edificatorio in funzione delle aree di atterraggio dello stesso, nel rispetto del principio di eguaglianza. Il vantaggio di tale ultima prospettiva è rappresentato dalla grande libertà della quale godono i proprietari nella realizzazione di fattispecie piuttosto complesse, giungendo addirittura ad ipotizzare una sorta di mercato dei titoli volumetrici nel quale sia agevole identificare un elevato numero di interlocutori: tale meccanismo escluderebbe così proprio le patologie tipiche del mercato, che impedirebbero al modello di funzionare<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 26, ricorda che un tale modello permette di escludere forme monopolistiche, di dipendenza e di atteggiamento predatorio che diventerebbero "fattori esiziali di inceppamento del modello". L'amministrazione comunale, nei modelli perequativi, svolge una funzione diretta ad ottenere il risultato urbanistico programmato, con la massima efficienza, "intesa come allocazione dei titoli volumetrici e delle possibilità edificatorie nelle mani dei soggetti interessati allo sfruttamento". Inoltre, la pianificazione deve essere impostata su un meccanismo di stampo essenzialmente consensualistico: a tale proposito, devono essere accentuati i sistemi che permettono la realizzazione dei risultati urbanistici prefissati. Espressione di un tale assunto è l'art. 27, comma V della legge 1° agosto 2002, n. 166 nel quale è statuito che i proprietari delle aree equivalenti alla maggioranza assoluta di un piano esecutivo possono richiedere che si proceda all'esproprio delle aree dei proprietari non rimanenti di cui sono titolari i proprietari non cooperanti, che non vogliono partecipare al consorzio attuativo del piano stesso.



Una forma evoluta della perequazione di comparto è quella che prevede che i diritti edificatori siano attribuiti ad aree esterne al comparto, anche non contigue, di cui si chiede la conservazione e quindi l'inedificabilità. In questo caso la capacità edificatoria attribuita potenzialmente alle aree esterne può essere spostata all'interno del comparto, aggiungendosi a quella già prevista, in modo che gli oneri della perequazione vengano ripartiti in maniera equa tra tutte le aree interne ed esterne al comparto.

Storicamente, la soluzione perequativa, adottata in un primo tempo solo da alcune amministrazioni comunali, trovava un primo riscontro favorevole nel vaglio della giurisprudenza amministrativa<sup>105</sup>, che si è espressa, in particolare, in occasione dei ricorsi proposti contro il piano regolatore di Reggio Emilia: in siffatta pronuncia, che affronta specificamente la questione della legittimità delle previsioni urbanistiche, è affermata l'indipendenza dello strumento perequativo rispetto alla necessità di una modificazione della vigente legislazione, sia essa di rango nazionale che regionale. La perequazione consentirebbe, secondo tale impostazione, di far beneficiare del vantaggio dell'edificabilità la proprietà, garantendo, nel contempo, l'elevazione della qualità urbana: la chiave di lettura della perequazione è, insomma, concentrata proprio «in questa inscindibilità tra vantaggi della trasformazione ed oneri infrastrutturali»<sup>106</sup> ovvero, in altre parole, tra l'utilità pubblica e l'utilità immediata dei cittadini *uti singuli*. L'obiettivo di una siffatta scelta urbanistica è quello, già evidenziato, di evitare l'insorgere di sperequazioni tra i proprietari delle aree interessate dall'attività di programmazione, indipendentemente dalla distinzione delle funzioni destinatorie delle aree medesime.

---

<sup>105</sup> T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22 con nota di E. BOSCOLO, *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (il caso del P.r.g. di Reggio Emilia)*, cit., p. 5 ed in *Urb. app.*, 2000, p. 780 con nota di A. MANDARANO, *Nuove tendenze della pianificazione: perequazione, integrazione funzionale, tutela ambientale*.

<sup>106</sup> L'espressione è di E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 10. Sottolinea l'Autore che intorno agli anni novanta il valore etico dell'equità che già era stato utilizzato in materia sociale o tributaria, trova spazio anche in materia urbanistica.

Diverso dalla perequazione in senso tecnico è, invece, lo strumento della compensazione, che sino ad oggi ha avuto una maggiore diffusione rispetto alla prima<sup>107</sup>.

La compensazione rappresenta uno strumento che svolge una piena funzione di ristoro rispetto alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'imposizione dei vincoli stessi o rispetto agli oneri sostenuti per il *facere* sopportato, mirando a ridurre gli effetti sfavorevoli e negativi; svolge, insomma, una funzione indennitaria (nel caso della compensazione c.d. infrastrutturativa) o economica (nel caso della compensazione paesaggistica o ambientale) al fine di rendere neutra l'imposizione di interventi posti a carico dei privati. Scopo della compensazione è, infatti, quello di consentire alle amministrazioni comunali di espropriare le aree soggette a vincolo urbanistico, senza l'esborso di un indennizzo – e senza gli ulteriori ed eventuali costi connessi ai contenziosi attinenti alla determinazione del *quantum* – cui le amministrazioni spesso non possono provvedere per scarsità di risorse finanziarie<sup>108</sup>.

Con tale meccanismo, al proprietario del terreno gravato da un vincolo viene attribuita un'utilità consistente in una cubatura fruibile in altra area edificabile o in un credito compensativo trasferibile anche a terzi, ispirata da ragioni di

---

<sup>107</sup> Ricorda P. URBANI, *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, cit., p. 5 che è stata la sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 1999 a legittimare l'istituto della compensazione e che la rimozione nell'art. 11 della Legge 7 agosto 1990 n. 241 dei limiti apposti agli accordi sostitutivi di provvedimento ai soli casi previsti dalla legge.

<sup>108</sup> Concorde sul punto, fra gli altri, A. POLICE, *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Napoli, 2009, p. 22 ss.; S. STANGHELLINI, *Il principio perequativo nel piano urbanistico*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Napoli, 2009, p. 49; A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 4, il quale criticamente osserva: "Si può naturalmente fare assegnamento sul dato di fatto che essendo la finalità della compensazione urbanistica quella di tutelare interessi economici del medesimo ente territoriale che presiede alla confezione delle regole urbanistiche, lo sforzo di attuazione sia molto più intenso di quello posto in essere in tema di perequazione urbanistica la quale ha di mira la preservazione del valore di parità di trattamento tra proprietari, un valore cui l'urbanistica moderna non è mai stata troppo sensibile".

evidente efficienza amministrativa<sup>109</sup>. Il privato, insomma, è dinanzi ad un'alternativa: accettare la somma liquidata a titolo di indennizzo economico oppure accettare il credito compensativo<sup>110</sup>. Si tratta, in buona sostanza, di una soluzione alternativa all'espropriazione, in quanto, in presenza di un vincolo preordinato all'esproprio, il proprietario dell'area vincolata cede la medesima al comune in cambio della disponibilità di una cubatura su di un'altra area. La stessa Corte costituzionale, del resto, ha riconosciuto la legittimità della compensazione urbanistica in alternativa all'indennizzo espropriativo monetario, previa cessione del bene, attraverso l'attribuzione di quote di edificabilità o di recupero di cubature in altre aree<sup>111</sup>. Ciò spiega perché il meccanismo della compensazione si sia progressivamente diffuso nei piani regolatori comunali e sia oggi presente in molte leggi regionali.

Deve essere evidenziato, tuttavia, un possibile rischio di penalizzazione dei crediti compensativi rispetto ai diritti edificatori assegnati al momento stesso della entrata in vigore del piano e scambiabili sin da quel momento: invero, i primi hanno origine soltanto in seguito alla cessione volontaria al comune o all'esatto adempimento degli obblighi di riqualificazione paesaggistico - ambientale e, quindi, sorgono in un tempo necessariamente successivo ai secondi, con l'effetto di permettere al titolare una minore scelta tra le aree di atterraggio disponibili e, conseguentemente, generare un minore valore economico. Inoltre, in mancanza di una generalizzazione di questo strumento

---

<sup>109</sup> L'espressione è di E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 8. Aggiunge un Autore (P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, cit., p. 906) che il vero problema è rappresentato dalla crisi sistemica che conduce gli enti a "utilizzare la risorsa territorio come merce di scambio per coprire il fabbisogno di opere di urbanizzazione e di servizi per la collettività".

<sup>110</sup> Colui che adempie una precisa obbligazione di natura urbanistica, ottiene un pieno ristoro mediante l'assegnazione di un titolo che permette una soddisfazione differita mediante lo sviluppo delle esigenze circolatorie. Si può configurare, in concreto, in tal ultimo caso, una sorta di *datio in solutum* atipica ad effetti non reali consistenti esattamente nell'attribuzione di siffatto credito compensativo che potrà essere utilizzato direttamente su fondo accipiente dal titolare o da costui ceduto a terzi. L'espressione è di E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 37; sulla questione, diffusamente, A. QUAGLIA, *Gli strumenti di concertazione pubblico-privato nelle politiche di rinnovamento urbano*, cit., p. 8 ss., il quale afferma che si tratta di accordi complessi, che consentono di sgravare la pubblica Amministrazione del costo di esproprio e/o dell'esecuzione di opere pubbliche, nelle quali il riconoscimento della edificabilità compensa le spese affrontate dal privato.

<sup>111</sup> Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179, *cit.*

e di una rigorosa gerarchizzazione delle priorità infrastrutturali, il potere ampiamente discrezionale che residuerebbe in capo all'amministrazione, circa la scelta o meno di una soluzione compensativa in luogo dell'ordinaria procedura espropriativa, potrebbe determinare infatti effetti distorsivi sul versante dell'uguaglianza fra privati, essendo difficile, peraltro, configurare un adeguato modello di tutela per i privati<sup>112</sup>.

Più precisamente, con l'espressione "*compensazione infrastrutturativa*" si intende riferirsi alle ipotesi in cui l'amministrazione comunale individua delle aree nelle quali – in considerazione dell'importanza delle opere da realizzare – essa non può rinunciare all'imposizione di vincoli preespropriativi quinquennali ed alla conseguente potestà di espropriazione delle stesse: in tal caso il ristoro del proprietario potrà avere luogo solo attraverso l'attribuzione di un credito compensativo<sup>113</sup> in luogo del consueto indennizzo<sup>114</sup>. L'obiettivo non è di esercitare un principio di autorità, quanto piuttosto incentivare l'adesione del privato a meccanismi convenzionali, che presentano un minor grado di diseconomicità. La "*compensazione paesaggistico-ambientale*", invece, consiste in un piano in cui, in considerazione di rischi ambientali o paesaggistici (per la presenza di manufatti in via esemplificativa degradati o abusivi), è possibile invitare i privati a procedere ad operazioni di riqualificazione urbana i cui oneri vengono remunerati mediante l'attribuzione di "crediti compensativi".

Emergono, in definitiva, dalla classificazione proposta i tratti distintivi delle fattispecie delle perequazioni dalle ipotesi di compensazioni, nella

---

<sup>112</sup> In questi termini, P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011, p. 17 ss., il quale sottolinea la necessità di fissare in atti regolamentari forme e modalità dell'atto di offerta al privato di concludere l'accordo e i criteri economici per determinare il valore del bene sottoposto ad espropriazione.

<sup>113</sup> Un siffatto ristoro può assumere la veste di quote di edificabilità o di recupero di cubature in altra area o la possibilità di permuta con altre aree o addirittura la possibilità di mantenere la proprietà dell'area sulla quale realizzare direttamente gli interventi pubblici per servizi gestendoli mediante convenzione; sulla questione, P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, cit., p. 906.

<sup>114</sup> Secondo E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 18, la definizione di perequazione infrastrutturativa discende proprio dal fatto che è una tale esigenza a dominare la condotta della pubblica amministrazione

consapevolezza che le tecniche utilizzate dalle amministrazioni e dalle leggi regionali sono molto diverse tra loro e, in assenza di chiare disposizioni nazionali, profondamente eterogenee. Il minimo comun denominatore degli istituti perequativi è la loro idoneità a dare vita a diritti edificatori attraverso la separazione della capacità edificatoria dalla proprietà del terreno da cui hanno origine, divenendo, in tal modo, diritti trasferibili e negoziabili.

Accanto alla assegnazione di diritti edificatori a titolo di compensazione per interventi di ripristino o di riqualificazione sono state previste, dapprima in alcune leggi regionali e successivamente dalla legislazione statale<sup>115</sup>, figure di incentivazione urbanistica, in applicazione di quella che si definisce “premialità urbanistica”. Essa consiste nell’attribuzione di un diritto edificatorio aggiuntivo, rispetto a quello previsto in via ordinaria dagli strumenti urbanistici, come premio per il raggiungimento di determinati obiettivi pubblici<sup>116</sup>. Scopo della premialità edilizia è, dunque, quello di promuovere l’iniziativa privata sul versante dell’efficienza energetica e della riqualificazione paesaggistica, concedendo un beneficio ai soggetti privati sotto forma di incremento volumetrico proporzionale alla rilevanza dei vantaggi collettivi prodotto dall’intervento stesso<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Già da tempo alcune regioni avevano previsto l’attribuzione di diritti edificatori aggiuntivi in relazione a interventi di riqualificazione urbanistica e ambientale, seppure con una differente disciplina, nelle singole normative regionali, in quanto ai singoli obiettivi, alle modalità di circolazione dei titoli volumetrici e ai criteri per la determinazione dei luoghi di atterraggio delle volumetrie concesse (ad es., la legge regionale del Veneto, all’art. 36 commi III e IV della l. 23 aprile 2004 n. 11, prevede, a seguito della realizzazione di interventi quali “la demolizione di opere incongrue, l’eliminazione degli elementi di degrado, o la realizzazione degli interventi di miglioramento della qualità urbana, paesaggistica, architettonica”). L’istituto ha poi avuto un riconoscimento nella legge statale, in particolare nell’art. 1, comma 259, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), il quale consente ai comuni, nell’ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, un aumento di volumetria premiale “ai fini dell’attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti”.

<sup>116</sup> In tema di incentivazione urbanistica, si veda, in particolare, A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, cit., p. 429 ss.; E. BOSCOLO, *La compensazione e l’incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni* - Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2012, p. 72 ss.

<sup>117</sup> Le premialità, a differenza della perequazione, che ha come referente il principio di uguaglianza, e della compensazione, che rinviene il suo fondamento nel principio di

In maggior sintesi, i diritti edificatori perequativi vengono assegnati direttamente in seguito alla formazione del piano e sono commerciabili nel momento stesso in cui questo viene approvato ed il terreno - oggetto di trasferimento alla P.A. - viene dotato di una propria volumetria realizzabile, tuttavia, solo sulle aree di concentrazione<sup>118</sup>; i diritti compensativi sono attribuiti, invece, in seguito alla cessione all'Amministrazione comunale del fondo sorgente e non hanno limiti spaziali; i diritti incentivanti o premiali sono, infine, attribuiti in seguito all'intervento di riqualificazione urbanistica e/o ambientale.

Anche la diversa genesi dei diritti edificatori determina significative differenze in sede di disciplina: i diritti perequativi rimangono, infatti, assoggettati a revisioni in seguito alle modifiche del piano che li ha previsti; i diritti compensativi, costituendo il corrispettivo di una prestazione che il privato ha già assolto cedendo l'area, sono - o dovrebbero essere - insensibili rispetto alle possibili variazioni. Analogamente, i diritti incentivanti o premiali, attribuiti in considerazione dell'effettuazione di un intervento di riqualificazione urbana, sono - o dovrebbero essere - insensibili rispetto alle variazioni del piano.

Al fine di una più completa rassegna dell'esperienza urbanistica, occorre, da ultimo, soffermarsi su come, nella vita dei diritti edificatori, gli urbanisti distinguono tre fasi: il decollo, ovvero la fase della creazione dei diritti edificatori da parte dell'ente comunale in seguito a procedimenti perequativi, compensativi o incentivanti; il volo, ovvero la fase intermedia in cui i diritti sono già stati attribuiti ma non possono ancora essere esercitati in termini di maggior sfruttamento di capacità volumetrica, rimanendo tuttavia trasferibili

---

indennizzabilità delle espropriazioni, vanno ricondotte alle funzioni dello Stato del benessere e, dunque, al principio di eguaglianza sostanziale.

<sup>118</sup> La perequazione costituisce un'efficiente alternativa all'imposizione del vincolo, in quanto, estende il novero dei soggetti proprietari sui quali si distribuiscono i vantaggi e gli oneri del piano. La redistribuzione permette, poi, di diffondere i vantaggi derivanti dall'edificazione, senza tenere in considerazione le differenze delle aree stesse; il diritto edificatorio, insomma, "viene ad accedere al fondo, anche se tale potenzialità, prodotta *dal* fondo, non sarà dispiegabile *sul* fondo" stesso. L'espressione è di E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 43.

a terzi analogamente alle cosiddette aspettative giuridiche; e l'atterraggio, ovvero la fase esecutiva dei diritti edificatori, che vengono esercitati aggiungendo la capacità volumetrica prevista ad un fondo diverso da quello che li ha generati. Ciò posto, nella cessione di cubatura è fortemente accentuato il carattere della realtà, in quanto il “decollo” e “l’atterraggio” del diritto riguardano aree ben identificate, anche se non necessariamente confinanti, ma comunque contigue o radicate nella stessa zona. Invece, nel trasferimento dei diritti edificatori il medesimo carattere è attenuato, in quanto – soprattutto per effetto della disciplina normativa regionale – è possibile la negoziazione di questi diritti persino a prescindere dalla presenza di un’area cedente e di un’area cessionaria. Pertanto, il trasferimento si può realizzare quando il diritto è “in volo”, a prescindere dal decollo e l’atterraggio, traendo origine da qui l’espressione, largamente usata, di “crediti edilizi”: non a caso in alcune regioni è stata prevista l’attribuzione diretta di diritti edificatori da parte del Comune ad operatori che, pur non essendo proprietari, volessero impegnarsi nel recupero dei centri storici, con la possibilità di trasferimento a terzi<sup>119</sup>. La linea di discontinuità della circolazione dei diritti previsti dai modelli di pianificazione urbanistica rispetto alla cessione di cubatura si coglie proprio nella capacità circolatoria dei primi, svincolata dall’attuale proprietà di un fondo edificabile, là dove elemento qualificante della cessione di cubatura è la sussistenza e l’individuazione di due fondi, “cedente” e “cessionario”, posti all’interno della medesima zona urbanistica o aventi almeno la stessa destinazione<sup>120</sup>.

La dottrina, pur ricostruendo nei termini sopra ricordati, le differenti fattispecie urbanistiche ha, ciò nonostante, sempre dimostrato nel tempo un

---

<sup>119</sup> A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, cit., p. 307; P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, cit., p. 644.

<sup>120</sup> Attenta dottrina, dedicatasi alla ricostruzione dell’istituto della cessione di cubatura, ha consapevolmente escluso dall’oggetto di indagine l’ipotesi della disponibilità in via autonoma della volumetria, precisando al riguardo che “questa connessione tra due fondi è stata finora sempre un elemento tipizzante la fattispecie in esame. Non si è finora mai prospettato un trasferimento astratto di cubatura, avente ad oggetto una capacità edificatoria di cui l’acquirente possa avvalersi in un qualsiasi altro terreno di sua proprietà”. M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, cit., p. 92.

atteggiamento prudente, nell'attesa di un intervento normativo che fosse indice di un segnale di mutamento da parte del legislatore nazionale. Del resto, come accennato, all'assenza di una puntuale disciplina in materia ha fatto da contraltare una evidente ipertrofia della legislazione regionale che ha trascurato, tuttavia, l'espresso limite contenuto nell'art. 117 della Costituzione, che devolve al legislatore nazionale la regolamentazione delle fattispecie di diritto privato. E la questione assume maggiore difficoltà proprio a proposito della perequazione estesa e della compensazione, nelle quali si realizza il distacco vero e proprio del diritto edificatorio dal suolo a favore di soggetti che non vantano alcun titolo sul fondo medesimo. A tal proposito, alcuni sporadici interventi normativi hanno tradito un interesse nuovo nei confronti dell'urbanistica perequativa, compensativa e premiale, sia con riguardo alla sua genesi, sia alla circolazione vera e propria dei diritti edificatori, legittimando la creazione di prassi negoziali e, altresì, dissuadendo il pratico o l'interprete dalla ricerca di soluzioni negoziali che fossero sempre più appaganti, proprio per l'assunto della riserva costituzionale nelle mani del legislatore nazionale e della preclusione al legislatore regionale di qualsiasi intervento su tale materia.

Va, inoltre, segnalato che le appena ricordate disposizioni sembrano piuttosto presupporre il fenomeno e non assumere il ruolo di elementi fondanti dello stesso: la generazione ed il trasferimento dei diritti edificatori sono semplicemente enunciati, lasciando che "ambiti, contenuti e condizioni" siano regolati da normative regionali e prassi applicative alle quali è devoluta la disciplina delle ipotesi, delle forme e delle modalità di trasferimento<sup>121</sup>.

La riconduzione della urbanistica premiale nell'alveo della disciplina urbanistica del 1942, come ricordato all'inizio dell'analisi degli strumenti urbanistici qui sviluppata, reca in sé la soggezione di essa ad alcuni evidenti limiti: in particolare, il richiamo essenziale alla zonizzazione (art.7) ed all'obbligo di determinare per ciascuna zona "limiti inderogabili di densità

---

<sup>121</sup> In questi termini, A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, cit., p. 163.



edilizia, di altezza di distanza tra i fabbricati (art.41 *quinquies*), con l'effetto tecnico pratico che l'atterraggio dei diritti edificatori potrà avvenire solo ed esclusivamente nelle zone a tal uopo esattamente destinate dallo strumento urbanistico vigente<sup>122</sup>.

Ecco, perché il legislatore nazionale, nella scrittura delle scarse disposizioni appena citate, si è limitato a dichiarare semplicemente come presupposto un fenomeno che appare creato dal diritto vivente.

La vera novità è, infatti, rappresentata dall'art. 5 del D.l. 13 maggio 2011, n. 70 pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 110 del 13 maggio 2011 ed entrato in vigore in data 14 maggio 2011. I profili di interesse sono due: innanzi tutto la previsione al comma 1, lettera c, della «tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi, denominato “cessione di cubatura” e la previsione al comma 3 della stessa disposizione dell'accesso ai Registri immobiliari di siffatte operazioni»<sup>123</sup>.

In occasione della conversione del citato decreto legge sono state apportate alcune modifiche al testo originario: la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, rubricata: “Semestre europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia” ha modificato l'art. 5 comma 3 del decreto legge ora ricordato, aggiungendo il riferimento - non poco problematico - ai contratti costitutivi e modificativi, secondo il testo seguente: “Per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, all'articolo 2643 del codice civile, dopo il n. 2, è inserito il seguente: «2-bis) i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale»”. È dunque evidente la *ratio* legislativa di prescrivere la trascrizione nei registri

---

<sup>122</sup> A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, cit., p. 309, afferma che per derogare a tale disciplina e trasferire fuori zona la cubatura è necessaria una specifica previsione normativa nazionale e/o regionale, nel rispetto comunque della predeterminazione delle aree di atterraggio la cui individuazione non può essere lasciata al privato cessionario.

<sup>123</sup> Secondo il testo originario della disposizione «per garantire certezza alla circolazione dei diritti edificatori, all'art. 2643, comma 1 c.c. dopo il numero 2, è inserito il comma seguente: “2-bis. I contratti che trasferiscono diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative”».

immobiliari dei contratti di trasferimento di diritti edificatori, al fine di garantire certezza nella loro circolazione; necessità, questa, che ha prevalso rispetto alla volontà tipizzante di tale diffuso modello contrattuale, della quale non sembra esserci alcun riferimento nella norma.

### ***5. Il nuovo panorama: criticità.***

Il panorama che si presenta all'interprete, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è dunque composito e articolato. Le nuove figure di trasferimento della volumetria, introdotte dall'urbanistica perequativa, compensativa e premiale, che si affiancano alla tradizionale vicenda della cessione di cubatura tra fondi contigui e omogenei, sembrano confermare l'apertura del sistema verso diverse forme di circolazione dei diritti edificatori.

Vi è tuttavia, al tempo stesso, una imprescindibile esigenza di certezza nella circolazione di tali diritti, cui risponde il numero 2 bis dell'art. 2643 c.c., inserendo i contratti che trasferiscono diritti edificatori tra gli atti che si devono rendere pubblici con la formalità della trascrizione. Esso, infatti, opera sul versante pubblicitario, al fine di risolvere i possibili conflitti circolatori e assicurare la piena conoscibilità a terzi della situazione giuridica dei terreni interessati dagli accordi stessi, ma non chiarisce la questione attinente alla qualificazione giuridica del contratto di trasferimento di volumetria, né quella della natura dei cd. diritti edificatori.

Il quadro di riferimento appare oggi, insomma, modificato in un'ottica precisa: alla tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi, denominato "cessione di cubatura", si accompagna la previsione dell'accesso ai registri immobiliari di siffatte operazioni traslative, indipendentemente dalla espressione della qualità giuridica specifica dei diritti edificatori.

Il limite della disposizione è, in un certo senso, rappresentato proprio dall'aver regolato la pubblicità della fattispecie, senza disciplinare il fenomeno giuridico in sé; il richiamo immediato è al meccanismo di cui all'art. 2645-ter c.c., con un dato differenziale, tuttavia, chiaro: nell'ipotesi

dei diritti edificatori, l'esecuzione della formalità della trascrizione era già effettuata nella prassi, sia pure con il ricorso ricostruttivo dell'ipotesi in termini di servitù (*altius non tollendi o inaedificandi*); nel caso, invece, dell'atto di destinazione che diviene trascrivibile, la nuova disposizione ha imposto limitazioni soggettive (in ordine alla individuazione dei beneficiari) e di validità e/o di efficacia (in ordine all'espressione di un giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.), tipizzando una fattispecie, seppure in modo incompleto ed incerto.

Al riguardo, infatti, basti ricordare che non è sufficiente un *nomen* legislativo a fornire una indicazione certa sulla natura di un determinato istituto giuridico e ciò è confermato non solo dal generico riferimento contenuto nella norma a "diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale", ma anche dall'assoluta varietà lessicale in materia, come già in precedenza evidenziato in ordine ai modelli urbanistici.

Sotto l'espressione "trasferimenti di volumetria", possono, dunque, ricondursi oggi fenomeni eterogenei e molto differenti tra loro, che vanno dalla cessione di cubatura tra fondi contigui od omogenei, alle redistribuzioni fondiari che si attuano nei piani perequativi, fino ai trasferimenti di diritti edificatori sotto la forma di crediti compensativi e premiali. Ecco, allora, che il compito dell'interprete, oltre alla soluzione dei problemi applicativi in punto di trascrizione, è quello di chiarire che cosa si trasferisca, cercando di fornire, uno "*status* ontologico uniforme ai diritti edificatori"<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> In tal senso, A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, cit., p. 6.

## CAPITOLO II

# LA NATURA GIURIDICA DEL NEGOZIO DI TRASFERIMENTO DEI DIRITTI EDIFICATORI

*1. Le ricostruzioni della dottrina sulla natura giuridica del negozio di trasferimento di cubatura: linee di un percorso evolutivo. – 2. Le teorie ricostruttive. 2.1 La tesi del negozio ad effetti obbligatori 2.2 La tesi del diritto di superficie atipico 2.3 La tesi della cessione del contratto 2.4 La teoria della rinuncia abdicativa 2.5 La teoria del vincolo di destinazione. 2.6 La teoria della servitù di non edificare. 2.7 La teoria del trasferimento del diritto reale atipico – 3. Le teorie ricostruttive successive all'introduzione dell'art. 2643, n. 2 bis c.c. 3.1 Teoria della cubatura in termini di realtà. 3.2 La teoria della cubatura quale bene. Analisi critica della costruzione della volumetria edificabile nei termini di bene immateriale. 3.3 La proposta ricostruttiva in termini civilistici della cessione di cubatura quale contratto traslativo della chance edificatoria. – 4. La posizione giurisprudenziale.*

### ***1. Le ricostruzioni della dottrina sulla natura giuridica del negozio di trasferimento di cubatura: linee di un percorso evolutivo.***

Il fenomeno dei negozi di trasferimento di volumetria ha da sempre suscitato un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza (sia civile che amministrativa); dibattito volto a chiarire la natura giuridica di tale contratto ma, prima ancora, finalizzato a comprendere che cosa rappresenti, dal punto di vista giuridico, la “cubatura”. È stato osservato che, in realtà, più che di tesi sulla natura giuridica del contratto di cessione di cubatura, sarebbe corretto parlare delle diverse modalità con le quali viene in concreto perfezionato il trasferimento di volumetria. Va precisato che, recentemente, il legislatore, con legge n. 105/2011, è intervenuto sul tema qui in esame e, al fine di risolvere i problemi circolatori che nascono in relazione al contratto di cessione di cubatura, ha integrato l'art. 2643 c.c. con l'inserimento del n. 2 bis, secondo il quale “i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da

norme statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale” devono essere trascritti ai fini dell’opponibilità ai terzi.

La questione circa la natura giuridica di tale negozio, allora, va affrontata, secondo due prospettive metodologiche: in un primo momento, va analizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale precedente alla legge; successivamente, occorre verificare se le ricostruzioni proposte siano ancora attuali e se possano armonizzarsi con la nuova disciplina.

Volendo, ora, provare a sintetizzare le numerosi tesi prospettate nel corso del tempo, per poi soffermarsi sulla analisi puntuale di ciascuna di esse, la *summa divisio* che va effettuata è tra gli orientamenti “a base negoziale”, i quali valorizzano l’autonomia negoziale, e quelli “a base amministrativa”, caratterizzati dalla centralità del provvedimento amministrativo. Nell’ambito di questi ultimi, due sono le impostazioni principali: la tesi del negozio ad effetti obbligatori e quella dell’autosufficienza del provvedimento amministrativo.

Secondo la tesi del negozio ad effetti obbligatori<sup>125</sup>, la cessione di cubatura integrerebbe un procedimento a formazione progressiva il cui fulcro sarebbe costituito dal provvedimento con il quale il Comune rilascia il permesso di costruire cd. “maggiorato”.

Nel dettaglio, tale procedimento si apre con un accordo tra i privati - il negozio di cessione di cubatura - il quale produce soltanto effetti obbligatori tra le parti; con esso il cedente si obbliga nei confronti del cessionario, da un lato, a non richiedere per sé un titolo abilitativo e, dall’altro, a fare tutto ciò che sia necessario per agevolare il rilascio del provvedimento a favore dell’altra parte.

Secondo tale ricostruzione, pertanto, l’autonomia negoziale gioca un ruolo significativo dal momento che rappresenta la *condicio sine qua non* per l’ottenimento del provvedimento amministrativo; è quest’ultimo, tuttavia, che permette il perfezionamento del procedimento, in quanto soltanto attraverso l’intervento della Pubblica Amministrazione può determinarsi quella modifica al Piano Regolatore Comunale essenziale perché al cessionario possa attribuirsi una volumetria maggiore. Si tratta, invero, di un intervento fortemente discrezionale

---

<sup>125</sup> Cfr. G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, cit., p. 53 ss.

atteso che, a differenza di quanto avviene in sede di rilascio del permesso di costruire (in cui vi è l'obbligo per la P.A. di rilasciare il titolo abilitativo laddove il progetto risulti conforme alle norme edilizie), in questa sede occorre effettuare una nuova valutazione dei molteplici e rilevanti interessi pubblici coinvolti. La tesi qui sommariamente descritta, talvolta sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>126</sup>, veniva fortemente criticata in ragione della scarsa tutela degli interessi delle parti; ciò in quanto il negozio di cessione di cubatura, essendo ad effetti meramente obbligatori, non avrebbe potuto essere trascritto e, quindi, non sarebbe risultato opponibile ai terzi; il cessionario, pertanto, in caso di inadempimento da parte del cedente, avrebbe avuto a disposizione soltanto i rimedi risolutivi e risarcitori.

Proprio al fine di superare tale ostacolo, la giurisprudenza amministrativa<sup>127</sup>, sempre nell'ambito degli orientamenti "a base amministrativa", ha prospettato la tesi dell'autosufficienza del provvedimento amministrativo: in base a tale impostazione, per la cessione di cubatura da un proprietario ad un altro, non sarebbe necessario un atto negoziale privato diretto alla creazione di un vincolo giuridico tra le parti, in quanto tale cessione si realizzerebbe per mezzo del solo provvedimento amministrativo, avente effetto tra le parti e verso i terzi.

Sarebbe sufficiente, pertanto, che il cessionario renda nota al Comune l'adesione del cedente al trasferimento di cubatura; tale adesione potrebbe essere espressa in varie forme, potendo derivare da un autonomo atto di rinuncia alla propria cubatura a favore del cessionario ovvero da una dichiarazione rivolta al Comune

---

<sup>126</sup> Cfr. Cass. 24 settembre 2009, n. 20623 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 319 con nota di G. CECCHERINI, *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite presentazione alla p.a. di atto unilaterale di asservimento*; vedi anche Cass. 22 febbraio 1996, n. 1352 in *Notariato*, 1996, p. 417 con nota di V. VANGHETTI, *Profili civilistici della cd. «cessione di cubatura»*, secondo la quale "l'accordo con il quale una delle parti cede parzialmente o per intero la facoltà di edificare dal proprio terreno a quello appartenente all'altra parte, compreso nella stessa zona urbanistica, per consentirle di chiedere ed ottenere una concessione per la costruzione di un immobile di volume maggiore di quello a cui avrebbe avuto diritto (c.d. trasferimento di cubatura), ha efficacia solo obbligatoria tra i suoi sottoscrittori, mentre il trasferimento di cubatura fra le parti e nei confronti dei terzi è determinato esclusivamente dal provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che a seguito della rinuncia all'utilizzazione della volumetria manifestata al Comune dal cedente, aderendo al progetto edilizio presentato dal cessionario, può essere emanato in favore di quest'ultimo dall'ente pubblico".

<sup>127</sup> Cfr., per tutti, Cons. Stato, 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, c. 400

espressa, per esempio, mediante istanza congiunta per ottenere il permesso maggiorato a favore del cessionario, ovvero, con successivo atto di notifica.

Questa impostazione permetteva di superare l'obiezione secondo cui la cessione di volumetria non sarebbe stata opponibile ai terzi; infatti, anche se non trascritto nei Registri immobiliari, il vincolo di asservimento nei confronti del fondo del cedente sarebbe stato opponibile agli aventi causa del cedente (eredi o compratori del fondo) per effetto del solo rilascio del provvedimento abilitativo e senza che occorresse alcuna particolare formalità pubblicitaria, dal momento che esso costituiva una qualità obiettiva del fondo che veniva a crearsi in seguito al rilascio del permesso di costruire ampliato<sup>128</sup>. L'obiezione che si muoveva a tale impostazione concerneva i forti rischi sotto il profilo della sicurezza dei traffici giuridici: aderendo a tale orientamento, infatti, si sarebbe potuto aprire la strada dell'adozione di provvedimenti amministrativi all'interno dei quali il previo consenso del cedente avrebbe potuto essere, addirittura, falsificato dal cessionario all'atto della presentazione. Ciò, peraltro, determinando conseguenze negative anche per quanto concerne l'efficacia della concessione maggiorata, dal momento che il titolo abilitativo sarebbe stato senza dubbio illegittimo per violazione del principio di imparzialità della P.A..

Proprio in virtù delle molteplici obiezioni descritte, l'orientamento prevalente, già prima dell'intervento legislativo in punto di trascrizione, era quello che faceva riferimento ad una delle teorie di matrice negoziale; atteggiamento perfettamente in linea con la tendenza degli ultimi anni volta alla massima valorizzazione dell'autonomia negoziale all'interno dell'ordinamento giuridico.

---

<sup>128</sup> Così Cons. Stato, 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, c. 400, secondo il quale "il vero è che attualmente alle esigenze di pubblicità provvede il certificato di destinazione urbanistica dell'area, che deve indicare «tutte le prescrizioni urbanistiche ed edilizie riguardanti l'area o gli immobili interessati» (art. 8, 9° comma, d.l. n. 9/1982) e che deve essere allegato a pena di nullità a tutti gli atti tra vivi, sia in forma pubblica che in forma privata, aventi ad oggetto il trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni (art. 18, 2° comma, legge n. 47/1985). Non par dubbio che l'eventuale trasferimento di volumetria da un'area ad un'altra area contigua influisce sulla disciplina urbanistica ed edilizia della stessa e serve essere inserito dal Comune nel certificato di destinazione urbanistica, a tutela dell'affidamento dei terzi, sotto sua diretta responsabilità".

La prima di queste teorie<sup>129</sup> inquadra il negozio di cessione di cubatura nell'ambito del diritto di superficie: così come, infatti, può costituirsi il diritto di superficie mediante l'alienazione separata di un immobile già esistente, lo stesso può accadere con l'alienazione separata di una costruzione non ancora edificata. La tesi, tuttavia, non convince dal momento che il cessionario del diritto di cubatura non acquisisce un diritto ad edificare su cosa altrui - così come avviene nel caso del diritto di superficie - ma incrementa la facoltà di esercizio del diritto su una cosa che era e resta propria. Se questa è la differenza sostanziale, allora, non può evocarsi la figura del diritto di superficie di cui agli artt. 952 e ss. c.c., perché ciò costituirebbe una violazione del principio di *numerus clausus* dei diritti reali.

Un'ulteriore ricostruzione<sup>130</sup> considera la cessione di volumetria come un vincolo unilaterale nei confronti della P.A.: mediante il c.d. "atto di asservimento", infatti, il proprietario di un fondo si impegna a non richiedere il permesso di costruire per edificare sul fondo medesimo; a tale rinuncia deve far seguito il rilascio ad altro soggetto di un permesso di costruire per una volumetria superiore a quella relativa al suo terreno.

Tale orientamento presta il fianco a molteplici obiezioni: in primo luogo, non tutela gli interessi dei soggetti e dei terzi, dal momento che il negozio di asservimento che essa prospetta non sembra trascrivibile alla luce degli artt. 2643 e 2645 c.c.; questa obiezione, tuttavia, può dirsi ormai superata alla luce del nuovo art. 2643 n. 2 bis c.c. che, come già accennato, prevede la trascrivibilità del negozio di cessione di cubatura. La seconda critica che si muove alla ricostruzione citata è quella secondo la quale, nel caso di specie, non potrebbe configurarsi una rinuncia in senso tecnico: innanzitutto, con la rinuncia abdicativa il soggetto si priverebbe semplicemente di un diritto soggettivo senza che vi sia alcun trasferimento ad altri ed indipendentemente dal fatto che tale dismissione possa comportare un vantaggio nella sfera giuridica altrui<sup>131</sup>; in ogni caso, comunque,

---

<sup>129</sup> Cfr. S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, cit., p. 67.

<sup>130</sup> Per tutti: R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*, cit., p. 115.

<sup>131</sup> Così M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., p. 699.



non sarebbe possibile rinunciare ad una facoltà insita al diritto di proprietà, ma semmai al diritto dominicale *tout court*.

Proprio al fine di superare gli inconvenienti derivanti dalla mancata opponibilità del negozio di cessione di cubatura sono state elaborate, sempre nell'ambito delle teorie "a base negoziale", altre tesi che ricostruiscono la cessione di volumetria ora alla stregua di un negozio costitutivo di servitù di non edificare, ora alla stregua di un negozio di destinazione, ora come negozio traslativo di un diritto reale; senza tralasciare, ai fini di una più esaustiva trattazione, quelle opinioni che, non avendo ricevuto particolare seguito in dottrina, sono rimaste isolate.

Ciò premesso, occorre passare ad esaminare singolarmente le teorie ricostruttive della cessione di cubatura che, per comodità espositiva, verranno affrontate in prospettiva unitaria non potendosi proporre, almeno preliminarmente, una diversa qualificazione a seconda che la volumetria circoli - per usare una metafora linguistica propria degli urbanisti - *in volo* oppure no; ovvero, a seconda che i meccanismi di "decollo" e "atterraggio" siano o meno predeterminati *ab origine*.

## **2. Le teorie ricostruttive**

### **2.1 La tesi del negozio ad effetti obbligatori**

Il contratto concluso dai privati produrrebbe, secondo una prima impostazione che ha trovato consensi sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>132</sup>, solo ed esclusivamente effetti obbligatori, quali l'impegno del soggetto cedente a non richiedere il permesso di costruire (per la intera o per la parte di cubatura trasferita) e ad attivarsi presso la pubblica Amministrazione affinché il permesso cd. maggiorato possa essere ottenuto dal soggetto cessionario.

---

<sup>132</sup> La giurisprudenza amministrativa prevalente è concorde con l'orientamento dei giudici civili. Per tutti, Cons. St., Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. It.*, 2001, c. 400 ss., ove si legge: «La ricostruzione più attendibile della fattispecie, dunque, è quella di un contratto atipico ad effetti obbligatori avente natura di atto preparatorio, finalizzato al trasferimento di volumetria, che si realizza soltanto con il provvedimento amministrativo».

La produzione di effetti meramente obbligatori si spiega e si giustifica in base all'assunto che la pubblica Amministrazione, unico destinatario immediato di una siffatta espressione di consenso, recependo il trasferimento della volumetria, opererebbe una vera e propria modificazione degli strumenti urbanistici, non limitandosi semplicemente a prendere atto dell'assetto negoziale formulato dalle parti interessate. Il provvedimento dell'autorità comunale non ha ad oggetto, infatti, solo l'approvazione della redistribuzione dei volumi edilizi programmata dai privati, bensì la modifica del piano regolatore vigente: il trasferimento di cubatura è determinato, dunque, da un provvedimento discrezionale non vincolato all'assetto negoziale configurato dalle parti ed emanato in esito a una valutazione dei molteplici e rilevanti interessi pubblici (rispetto di regole di programmazione urbanistica, omogenea espansione edilizia del territorio). La Suprema Corte, in tempi non remoti, ha affermato che il consenso prestato dal proprietario alla utilizzazione della volumetria spettante al proprio fondo da parte del proprietario del fondo contiguo funge da presupposto per il rilascio della concessione edilizia maggiorata; e fino a tale momento tra i due proprietari sussiste solo un vincolo obbligatorio. In questa prospettiva, il rapporto intercorrente fra l'accordo di diritto privato e il provvedimento del Comune è inquadrato nell'ambito di un procedimento amministrativo<sup>133</sup>, al cui ultimo atto si ricollega il trasferimento di cubatura. Invero, siffatta ricostruzione, pur negando un ruolo principale all'autonomia privata nella vicenda complessiva e limitandosi ad inquadrare l'accordo nella tipologia dei contratti ad effetti obbligatori<sup>134</sup>, mediante il quale un

---

<sup>133</sup> In questi termini si esprime Cass., 24 settembre 2009, n. 20623, cit., secondo la quale l'accordo di cessione di cubatura fra privati deve essere collocato all'interno di un più ampio procedimento amministrativo, ricollegando ad esso, da un lato, nei rapporti *inter partes*, un effetto obbligatorio, con il vincolo del cedente a non chiedere per sé e ad agevolare la concessione maggiorata a favore del cessionario e, dall'altro, nei confronti della p.a., la legittimazione del cessionario a chiedere il rilascio del provvedimento abilitativo. Di qui, e in ragione della natura obbligatoria del patto, residuerebbe a favore del cessionario il rimedio risolutorio e il conseguente risarcimento del danno, solo in caso di inadempimento del cedente, mentre, ove questi abbia compiuto tutti gli atti necessari, l'eventuale mancato rilascio del provvedimento di concessione edilizia maggiorata, da parte della p.a., sarebbe causa di inefficacia del negozio.

<sup>134</sup> Il valore condizionante del provvedimento concessorio discrezionale ai fini della cessione di cubatura, non solo verso i terzi, ma anche fra le parti, è affermato in motivazione da Cass., 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 685 ss., con nota di F. ROSELLI, ove si precisa che il rapporto giuridico interno, qualunque ne sia il contenuto, assume solo rilievo, nei rapporti

proprietario si impegna nei confronti dell'altro a non chiedere per sé il permesso di costruire ma a fare quanto necessario per agevolare la concessione maggiorata a favore dell'altra parte, non ne esclude, tuttavia, la funzione di presupposto indispensabile per la modifica del piano regolatore generale (p.r.g.) da parte dell'autorità comunale<sup>135</sup>.

Naturalmente, poiché il negozio di cessione di cubatura non produce, secondo la teoria in esame, effetti reali, ne consegue che il vincolo di inedificabilità sul terreno cedente non può essere trascritto con funzione dichiarativa nei registri immobiliari e l'eventuale trascrizione avrebbe solo valore di pubblicità notizia. A tal riguardo, dunque, diviene del tutto indifferente il modo con il quale viene espressa la volontà dei privati e, pertanto, non sarà necessaria la stipula di un atto negoziale, tanto meno nella forma dell'atto pubblico, potendo emergere l'adesione del cedente anche da un atto unilaterale di asservimento indirizzato alla Pubblica Amministrazione, oppure, dall'adesione all'istanza o al progetto presentato dal cessionario, ovvero, ancora, da una notifica al Comune della rinuncia di cubatura a favore del cessionario medesimo<sup>136</sup>.

La consapevolezza dei rischi che da un tale assunto deriverebbero per la circolazione immobiliare, esponendo l'acquirente alla possibilità di acquistare un lotto - quello del soggetto che ha ceduto la cubatura - che sia interamente privo della potenzialità edificatoria o che ne sia stato privato in parte, senza essere stato messo nelle condizioni di verificare l'esistenza o meno del vincolo, non costituirebbe, per i fautori di detta teoria, un limite invalicabile. Infatti, è stato

---

esterni, cioè nell'ambito pubblicistico «di un impegno del proprietario "cedente" a prestarsi presso la Pubblica Amministrazione alla rinuncia a utilizzare per sé la cubatura mancante al "cessionario", con effetto preliminare all'essenziale momento costitutivo rappresentato dall'intervento dell'ente pubblico con l'emissione della licenza». È così che, continua la Corte, la c.d. cessione di cubatura «si realizza con tale provvedimento non solo verso terzi ma anche tra le parti». Conformi a quest'orientamento, Cass., 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 339 ss., con nota di P. DE MARTINIS, *Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria*; Cass., 12 settembre 1998, n. 9081, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1895, nonché, più recentemente, Cass., 24 settembre 2009, n. 20623, cit., p. 319 ss., con nota di G. CECCHERINI. Favorevoli in dottrina a tale ricostruzione G. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, cit., p. 11 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, Art.2643-2645 bis*, cit., p. 656 s.

<sup>135</sup> Si esprimono in questi termini: Cass., 29 giugno 1981, n. 4245, cit.; Cass., 22 febbraio 1996, n. 1352, cit.; Cass., 24 settembre 2009, n. 20623, cit.; nonché Cons. St., 28 giugno 2000, n. 3637, cit.

<sup>136</sup> In tal senso, Cass., 29 giugno 1981, n. 4245, cit.; Cons. St., 28 giugno 2000, n. 3637, cit.

sostenuto che la certezza dei traffici giuridici e l'esigenza di tutela dei terzi non risultano pregiudicate dalla mancanza della trascrizione in quanto il vincolo di inedificabilità - assoluta o parziale - discendente dal trasferimento della volumetria, configurandosi come un vero e proprio limite legale alla proprietà posto direttamente dagli strumenti urbanistici, risulterebbe comunque opponibile *erga omnes*, anche senza l'esecuzione di alcuna formalità nei registri immobiliari. Pertanto, il ricorso alla tutela fornita dall'art. 1489 c.c. (cosa gravata da oneri o diritti reali di godimento di terzi), in relazione ai rapporti tra proprietario dell'area asservita e terzo acquirente, rappresenterebbe idoneo strumento di salvaguardia della circolazione. In quest'ottica, nell'ipotesi di doppio trasferimento di volumetria a due cessionari, nel conflitto prevaleva - ai fini del rilascio di una cubatura superiore - non già chi avesse trascritto per primo, ma chi vantasse un atto prioritario di consenso del cedente manifestato al Comune nei modi, nei tempi e secondo le forme previsti dalla legge.

In sostanza, il vincolo di inedificabilità derivante dalla cessione di cubatura può essere considerato un onere non apparente che grava la proprietà, per cui il terzo acquirente del terreno vincolato sarà legittimato a chiedere la risoluzione del contratto o una congrua riduzione del prezzo qualora l'esistenza del vincolo stesso non sia stata dichiarata dall'alienante o qualora esso non sia stato effettivamente conosciuto dall'acquirente stesso, a nulla rilevando la mera conoscibilità derivante dalla eventuale trascrizione. Va da sé, infatti, che se si segue lo schema del rapporto obbligatorio, la tutela è di tipo personale, ossia responsabilità da obbligazione o da inadempimento e, pertanto, le azioni reali a difesa della proprietà non sono esperibili. Esemplificando, veniva considerato il caso di inadempimento del cedente, il quale, pur avendo venduto la propria volumetria, chiedeva ugualmente all'amministrazione comunale il permesso di costruire: se l'autorità amministrativa non avesse dato assenso alla cessione di cubatura ed avesse rilasciato il permesso, il cedente, nonostante il precedente trasferimento, avrebbe costruito legittimamente. A questo punto, se la cessione fosse stata da qualificarsi come servitù negativa, il soggetto che aveva acquistato la cubatura avrebbe potuto chiedere il risarcimento in forma specifica ed ottenere l'ordine di

abbattimento della costruzione; se, invece, si riteneva che dalla cessione fosse derivato un rapporto obbligatorio, il cessionario avrebbe potuto chiedere solo il risarcimento del danno per equivalente. La tutela, quindi, era di tipo personale.

In effetti, poiché il contenuto dell'obbligazione può essere anche l'obbligo di "non fare" è molto difficile stabilire se nella cessione di cubatura si configuri un'obbligazione negativa o una servitù negativa perché in entrambi i casi non c'è visibilità o apparenza.

In ultimo, va segnalato un orientamento della dottrina per il quale il vincolo conseguente alla cessione di cubatura ai fini dell'opponibilità, invece che nella normale trascrizione, "troverebbe la sua naturale pubblicità nel certificato di destinazione urbanistica, rilasciato dalla stessa autorità competente, certificato che, ai sensi dell'art. 18 della L. 28 febbraio 1985 n. 47, deve essere allegato agli atti di trasferimento concernenti le aree non edificate. Proprio quest'ultima soluzione sembrerebbe da preferire poiché il detto certificato darebbe atto anche delle possibili successive variazioni relative alla cubatura realizzabile sul fondo che se ne è spogliato, in tutto o in parte, ad opera di eventuali modifiche del piano regolatore. Il tutto senza che il terzo, per conoscere l'effettiva cubatura di corredo al fondo, sia onerato dall'intraprendere complicati calcoli in base a dati da desumere in parte dal certificato e in parte da quanto trascritto presso la competente Conservatoria"<sup>137</sup>.

A questa tesi si è opposta la prevalente dottrina<sup>138</sup>, essenzialmente in considerazione della impossibilità di opporre ai terzi il vincolo di inedificabilità derivante da siffatto negozio, stante la mancanza di un meccanismo dotato di

---

<sup>137</sup> Cass., 22 febbraio 1996, n. 1352, cit., p. 417, con nota di V. VANGHETTI. Tale argomentazione sembra, inoltre, essere condivisa dalla giurisprudenza amministrativa che si è espressa in senso analogo: come precisa Cons. St., sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, cit., «l'inedificabilità di un'area asservita costituisce qualità obbiettiva di un fondo, opponibile anche al terzo acquirente pur non vigendo l'obbligo di trascrizione del vincolo nei registri immobiliari, sicché "l'eventuale trasferimento di volumetria di un'area ad altra area contigua influisce sulla disciplina urbanistica ed edilizia della stessa e deve essere inserito dal comune nel certificato di destinazione urbanistica, a tutela dell'affidamento dai terzi, sotto la sua diretta responsabilità"».

<sup>138</sup> G. B. PICCO – A. M. MAROCCO, *I c.d. trasferimenti di cubatura*, cit., p. 638; A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, cit., p. 741; P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, cit., c. 385; M. MARE', *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in *Riv. not.*, 1990, p. 1355;.

effetti reali e suscettibile di pubblicità immobiliare; di conseguenza il negozio, in sostanza, verrebbe a vincolare soltanto il concedente ed i suoi eredi ma non i suoi aventi causa a titolo particolare. Parimenti, non può essere trascurata la necessità della pubblica Amministrazione di operare in modo inattaccabile e definitivo, con atti idonei ad assicurare il soddisfacimento dell'interesse al mantenimento della realizzazione della cubatura media di zona<sup>139</sup>.

In questa prospettiva, rispetto al profilo della non trascrivibilità dell'accordo e, dunque, della sua non opponibilità nei confronti dei terzi, può facilmente comprendersi la ragione che, prima della Novella, ha spinto la dottrina a qualificare tale fattispecie come contratto traslativo di un diritto reale immobiliare o costitutivo di un diritto di servitù, ovverosia la volontà di garantire il cessionario nei confronti dei terzi acquirenti del fondo di proprietà del cedente. La scelta operata dal legislatore con l'introduzione dell'art. 2643, n. 2 *bis* c.c., è stata, infatti, proprio quella di prevedere espressamente la trascrivibilità della cessione di cubatura al fine di risolvere i possibili conflitti circolatori, in virtù del meccanismo di prevalenza dato dalla priorità della trascrizione ex art. 2644 c.c.<sup>140</sup>

Nella prospettiva di una siffatta ipotesi, resta da accertare, quale possa essere la situazione giuridica trasferita che si cela dietro la formula "diritti edificatori": diritto di credito, diritto reale o altra fattispecie suscettibile di circolazione.

## 2.2 La tesi del diritto di superficie atipico

Un risalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità<sup>141</sup> ha tentato di ricondurre la fattispecie della cessione di volumetria alla costituzione del diritto di superficie, affermando che l'acquisto della cubatura realizza il medesimo effetto di una

---

<sup>139</sup> P. PITTER, *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, cit., p. 429.

<sup>140</sup> A tal proposito, ed in senso contrario, si è espressa B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, p. 39 secondo la quale, "è, tuttavia, difficile sostenere che la trascrivibilità del trasferimento di cubatura possa aver revocato in dubbio, *ex se*, la qualificazione del vincolo nascente dalla cessione di volumetria come meramente obbligatorio. L'opponibilità attiene, infatti, al titolo costitutivo di un diritto, ma non al diritto stesso, che non si trasforma da obbligatorio in reale, non muta cioè la natura giuridica per il sol fatto di essere opponibile".

<sup>141</sup> Cass., 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro It.*, 1973, I, c. 2117 ed in *Riv. Not.*, 1973, p. 1164

concessione *ad aedificandum* e conseguentemente il trasferimento di diritti da un fondo all'altro. Così, è stato sostenuto che “non è veramente diversa l'ipotesi dell'acquisto di cubatura dall'ipotesi del diritto di superficie o di sopraelevazione acquistato su fondo altrui. Anche l'acquisto di cubatura, secondo i criteri giurisprudenziali adottati in materia, produce l'effetto di una concessione *ad aedificandum* ed attua un trasferimento di diritti da uno ad un altro fondo”<sup>142</sup>.

Questa impostazione identifica la cessione di cubatura nella costituzione di un diritto di superficie caratterizzato dal fatto di essere esercitato non sul terreno di proprietà del concedente, ma su quello del medesimo superficiario che utilizzerà la cubatura del primo ottenendo il rilascio del permesso di costruire cd. “maggiorato”. La dottrina che ha sviluppato tale impostazione<sup>143</sup>, partendo proprio dall'articolo 952 c.c., ipotizza la configurabilità di un diritto di superficie atipico avente ad oggetto non già la concessione del diritto di edificare sul proprio suolo - ipotesi prevista dal comma 1 del detto articolo - né il trasferimento del diritto di proprietà dell'edificio già esistente separatamente dalla proprietà del suolo stesso - ipotesi di cui al comma 2 - ma lo sfruttamento della mera potenzialità edificatoria in un lotto diverso da quello che lo origina<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Così Cass., 9 marzo 1973, n. 641, cit.; conforme, Cass., 20 ottobre 1976, n. 3639 in *Riv. leg. fisc.*, 1977, p. 1146.

<sup>143</sup> Cfr., S. G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, cit., p. 59.

<sup>144</sup> In questo senso, F. PATTI - F. RUSSO *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 1677. La disposizione dell'art. 952 c.c. delinea, infatti, il diritto di superficie nel suo duplice profilo, distinguendo l'ipotesi in cui il proprietario conceda ad un terzo il diritto di fare e mantenere una costruzione (c.d. concessione *ad aedificandum*), dall'ipotesi in cui alieni la proprietà della costruzione già esistente sul fondo, separatamente dalla proprietà sul fondo (c.d. proprietà superficiaria che, tuttavia, presuppone lo *ius aedificandi*, tanto che, nel caso di perimento della costruzione, il diritto di edificare può essere di nuovo esercitato nei termine ventennale di prescrizione per non uso, ex art. 954, comma 3, c.c.). Il diritto di superficie, come ben illustrato nella Relazione al codice del 1942, nonché da una parte della dottrina (G. PUGLIESE, *La superficie*, in *Comm. c.c.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 561 s.) e dalla giurisprudenza (Cass., 3 dicembre 1964, n. 2851, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 488 ss., con nota di A. IANNUZZI, *L'articolo 952 e la costituzione del diritto di superficie*, che ammette, seppur implicitamente, la costituzione del diritto di superficie anche nell'ipotesi di vendita della costruzione con riserva del suolo) può, dunque, concretizzarsi in due fattispecie distinte, proprietà di un edificio già esistente, oggetto di un atto di disposizione separato dalla proprietà del suolo su cui insiste l'edificio (proprietà superficiaria) o concessione *ad aedificandum* di un edificio futuro a favore di un soggetto che ne acquista la proprietà, a titolo originario (parallelamente a quanto disposto in materia di accessione) una volta realizzata la costruzione. In questa prospettiva, si è affermato che i due commi dell'articolo non sancirebbero due differenti diritti, ma due distinte situazioni di fatto, nel senso che in entrambe le ipotesi il superficiario vanterebbe le facoltà di fare e mantenere la costruzione, ma invertite cronologicamente: il titolare del diritto di costruire

In altri termini, laddove con la costituzione del diritto di superficie si acquista il diritto di fare e mantenere una costruzione sul fondo altrui<sup>145</sup>, per effetto della cessione di cubatura al cessionario è consentito edificare sul proprio fondo – concentrando su questo la volumetria edificabile - un fabbricato di volume maggiore di quanto consentito dagli strumenti urbanistici.

In contrario è stato affermato che, stante il principio della tipicità dei diritti reali, un tale diritto, - non coincidendo con il modello tipico del diritto di superficie così come delineato dall'articolo 952 c.c. - dovrebbe essere considerato inammissibile<sup>146</sup>. Risulta difficile, infatti, ricorrere alla configurazione dello schema del diritto di superficie, consistente solo ed esclusivamente nel diritto di fare e mantenere una costruzione sul fondo altrui, dal momento che nel

---

avrebbe indissolubilmente quello di mantenere la costruzione sul suolo, mentre chi acquista una costruzione già esistente avrebbe il diritto di mantenerla e, quindi, anche di ricostruire o riparare l'edificio perito o deteriorato (G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 567). A questa ricostruzione si contrappone, tuttavia, quella che nega la possibilità di ricondurre entrambe le fattispecie dell'art. 952 c.c. al concetto di diritto di superficie, che, quale diritto reale su cosa altrui, sarebbe configurabile solo nell'ipotesi rappresentata dal diritto di realizzare una costruzione sul suolo del concedente, mentre nell'ipotesi di trasferimento diretto della proprietà della costruzione separatamente dal suolo dovrebbe parlarsi di proprietà separata quale forma autonoma di proprietà non richiedente la costituzione di uno specifico diritto di superficie per la sua esistenza (L. SALIS, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. it.* a cura di F. Vassalli, IV, Torino, 1958, p. 37 ss.; la distinzione fra proprietà superficiaria e proprietà separata è ripresa in Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, in *Riv. giur. edil.*, 1993, p. 1023 ss.). Di qui l'ulteriore conseguenza: la proprietà superficiaria è acquistata a titolo originario dal costruttore titolare del diritto di superficie, per effetto dell'impedimento che la costituzione di quest'ultimo diritto pone all'operare dell'accessione, mentre la proprietà separata si acquista a titolo derivativo per effetto del trasferimento compiuto dal proprietario del suolo, sicché, in caso di distruzione, il proprietario superficiario può ricostruire l'edificio, mentre il diritto di proprietà separata si estingue (L. SALIS, *op. cit.*, p. 39; Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, cit.).

<sup>145</sup> In materia di superficie possono segnalarsi, fra i contributi specifici, G. BALBI, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 29 ss.; L. SALIS, *La superficie*, cit., pp. 8 ss. e 37 ss.; ID., *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 945 ss.; G. PIAZZA, «Jus ad aedificandum» ed acquisto della proprietà superficiaria, in *Dir. e giur.*, 1974, p. 641 ss.; G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1472 ss.; G. PALERMO, *La superficie*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di P. Rescigno, 8, Torino, 2002, p. 3 e ss.; G. GIACOBBE, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu e F. Messineo, X, Milano, 2003, p. 5 ss.; A. GUARNERI, *La superficie*, in *Cod. civ. Comm.* a cura di P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007.

<sup>146</sup> P. L. TROJANI, *Tipicità e "numerus clausus" dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, p. 295; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, cit., p. 292; G.B. PICCO – A.M. MAROCCO, *I cosiddetti «trasferimenti di cubatura»*, cit., p. 633. Qualora si accedesse, invece, alla possibilità di configurazione dei diritti reali atipici, la cessione di cubatura sarebbe "l'ipotesi tipica di concessione *ad aedificandum* e se ne distingue soltanto perché le possibilità edificatorie dell'area debbono essere utilizzate su un fondo contiguo e non su quello cui ineriscono" (in tal senso, A. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, cit., p. 743).



trasferimento di cubatura, invece, il costruttore realizza un'opera sul proprio fondo.

Il diritto di superficie non può dunque essere utilmente richiamato.

Né, in questa prospettiva, è possibile avvalorare l'opinione per la quale<sup>147</sup>, rielaborando lo spunto offerto dall'art. 952 c.c. e ipotizzando la costituzione di un diritto di superficie atipico, si giunge a sostenere che, nel caso di specie, si tratterebbe di una sorta di evoluzione della ipotesi regolata dal legislatore, in quanto oggetto del trasferimento della cubatura sarebbe, in realtà, una costruzione non ancora esistente.

Tale impostazione incontra, però, la critica di chi afferma, correttamente, che in tal caso oggetto del contratto sarebbe un bene futuro (la costruzione non ancora realizzata) e non la cubatura in sé<sup>148</sup>; inoltre, se l'oggetto dell'alienazione di una costruzione da effettuare fosse una cosa determinata, la cessione di cubatura sembrerebbe aver ad oggetto una mera facoltà di edificare da esercitarsi su un suolo altrui<sup>149</sup>. Pertanto, rigettata, sulla base delle argomentazioni esposte, la teoria che identifica la cessione di cubatura nella costituzione di un diritto di superficie tipico, *a fortiori* non sembra accoglibile la teoria del diritto di superficie atipico, inteso come alienazione di una costruzione non ancora esistente.

### 2.3 La tesi della cessione del contratto

Una ipotesi ricostruttiva<sup>150</sup> della fattispecie in esame è stata formulata da una dottrina – rimasta invero isolata - la quale ritiene attuabile un trasferimento di cubatura mediante lo schema negoziale della cessione del contratto e, precisamente, della cessione al proprietario del fondo contiguo avente ad oggetto

---

<sup>147</sup> S. G. SELVAROLO, *op. cit.*, p. 69. L'Autore ha ipotizzato la costituzione di un diritto di superficie atipico che si configurerebbe come una evoluzione della figura prevista dall'art. 952, comma 2, c.c. e che troverebbe, quindi, adeguata collocazione in posizione intermedia tra le fattispecie già previste e disciplinate dai commi 1 e 2 del medesimo articolo.

<sup>148</sup> M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., p. 699 e ss.

<sup>149</sup> Una siffatta impostazione reca *in nuce*, seppur non espressa, al pari di altre opinioni, l'idea che la cubatura sia essa stessa un oggetto del contratto di cessione.

<sup>150</sup> P. L. TROJANI, *Tipicità e "numerus clausus" dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, p. 285.

la posizione contrattuale assunta dal privato concessionario nei confronti della Pubblica Amministrazione concedente.

Partendo dal presupposto che tra la Pubblica Amministrazione e il privato richiedente si instauri un rapporto contrattuale sinallagmatico – la P.A. cede lo *ius aedificandi* e il privato lo acquisisce corrispondendo alla prima gli oneri concessori – l'istante potrebbe cedere la sua posizione contrattuale verso la P.A. ad un terzo proprietario di fondo finitimo.

Tale tesi si fonda sull'assunto che il titolare dello *ius aedificandi* non è più tale, dopo la legge n. 10 del 28 gennaio 1977, in base alla mera situazione di titolarità-proprietà del suolo, ma solo a seguito del rilascio della concessione edilizia da parte del competente Comune. Il rilascio della concessione edilizia non avviene a titolo gratuito ma, al contrario, presuppone il versamento del contributo previsto dagli artt. 3, 5 e 6 della legge citata. Tra la corresponsione del contributo concessorio ed il rilascio da parte del Comune della concessione edilizia sussisterebbe, dunque, un nesso di sinallagmaticità; pertanto, tra il privato concessionario, titolare dello *ius aedificandi*, e la Pubblica Amministrazione concedente verrebbe ad instaurarsi un rapporto convenzionale di contenuto patrimoniale, ascrivibile alla fattispecie dogmatica di un contratto di diritto pubblico.

In tale prospettiva, la cessione di cubatura può dunque considerarsi realizzabile con lo strumento previsto dagli artt. 1406 ss. c. c.; in sostanza, il proprietario che vuole trasferire la cubatura spettante al proprio fondo può farlo cedendo la propria posizione contrattuale al proprietario del fondo finitimo che intende realizzarvi una costruzione di volume maggiore rispetto a quanto consentito dallo strumento urbanistico. Il necessario consenso della Pubblica Amministrazione, quale contraente ceduto, si ritiene manifestato con il rilascio al cessionario della concessione edilizia maggiorata.

Il fatto che le particolari prestazioni che formano oggetto di tale contratto sinallagmatico siano in parte adempiute non viene ritenuto ostativo all'inquadramento, così ricostruito, del negozio di trasferimento di cubatura. Infatti, se è vero che la possibilità di cedere un contratto ove una delle prestazioni

sia stata già eseguita è preclusa dall'art. 1406 c.c. e se è altresì vero che il versamento degli oneri di urbanizzazione nonché l'avvenuto rilascio da parte del Comune della concessione edilizia costituiscono atti di esecuzione del contratto, è parimenti vero che la previsione dell'articolo citato ha natura meramente dispositiva, come tale derogabile dall'autonomia dei privati.

Un limite alla ricostruzione in esame è, tuttavia, costituito dalla impossibilità di effettuare una cessione parziale della volumetria sviluppata dal lotto di proprietà del soggetto cedente. La cessione non può, infatti, avere ad oggetto solo una parte della cubatura realizzata, permanendone il resto in capo all'originario cessionario – che quindi rimane titolare parziale dello *ius aedificandi* – né quest'ultimo può cedere a più soggetti diversi singole porzioni della propria cubatura, fino a spogliarsene interamente. In tal caso, non si avrebbe una vera cessione del contratto, ma solo una pluralità di autonome cessioni “aventi ad oggetto frammenti o frazioni di una posizione contrattuale”<sup>151</sup>.

Vi è di più. Il vero ostacolo all'accoglimento della teoria sin qui illustrata si fonda, principalmente, sull'inaccettabile presupposto dello scorporo dal diritto di proprietà del diritto di edificare che diverrebbe così di spettanza dello Stato ed oggetto di un vero e proprio provvedimento di concessione. Come già ampiamente illustrato nella trattazione concernente il rapporto tra lo *ius aedificandi*<sup>152</sup> e il contenuto del diritto di proprietà, la Corte Costituzionale<sup>153</sup>, sul punto, ha affermato con vigore che il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà, anche se di esso sono stati compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro i limiti stabiliti dagli strumenti urbanistici. Anche dopo l'approvazione della legge cd. Bucalossi, la concessione ad edificare (oggi permesso di costruire) non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché, sotto questo profilo, non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza, avendo lo scopo di

---

<sup>151</sup> In tal senso, criticamente nei riguardi dell'esposta opinione, N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1129, nonché F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 1680, i quali escludono la possibilità di configurare la cessione parziale della volumetria o la cessione a favore di più soggetti dell'intera cubatura.

<sup>152</sup> Cfr. par. 1.2 del capitolo I.

<sup>153</sup> C. Cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. Cost.*, cit., p.21.

accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto. Inoltre, quand'anche la concessione fosse attributiva del diritto di edificare, tale diritto sarebbe comunque inerente ad un determinato suolo di proprietà del privato concessionario: pertanto, non si riesce a ben comprendere come, in virtù della cessione del contratto, il diritto di edificare si trasferisca dal suolo del proprietario cedente al suolo del proprietario cessionario<sup>154</sup>. In sostanza, il proprietario cessionario, subentrando nella stessa posizione contrattuale del proprietario cedente, può essere considerato titolare del diritto di edificare, diritto che, però, sembra dover necessariamente essere esercitato sul fondo del proprietario cedente.

In ultimo, e per esigenze di completezza, va rilevato che tale tesi non risolve il difficile problema dell'opponibilità ai terzi; di conseguenza, è parso difficile giungere ad ammettere la possibilità di trascrivere nei registri immobiliari una siffatta cessione.<sup>155</sup>

#### 2.4 La teoria della rinuncia abdicativa

Secondo un'altra impostazione<sup>156</sup>, accolta sia in dottrina che in giurisprudenza, la cessione di volumetria costituirebbe una rinuncia dietro corrispettivo - da parte del proprietario rinunziante - alla facoltà di edificare, alla quale farebbe seguito una richiesta di permesso di costruire, che tenga conto dell'intervenuta minorazione, da parte del terzo beneficiario. La Pubblica Amministrazione rilascerebbe al terzo un permesso di costruire cd. maggiorato proprio sul presupposto dell'intervenuta rinuncia allo sfruttamento di tutta o parte della cubatura del proprio fondo, che avrebbe in tale ottica un carattere meramente abdicativo (e non traslativo), in quanto diretta a consentire al soggetto beneficiario di utilizzare per sé la volumetria necessaria.

---

<sup>154</sup> In questi termini, N. A. CIMMINO, *op. cit.*, p. 1130.

<sup>155</sup> In tal senso, G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura, alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, *Studio n. 671/2009 C*, cit., p. 360.

<sup>156</sup> Cass. 6 luglio 1972, n. 2235, in *Riv. Not.*, 1973, p. 1165; Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, I, c. 685; in dottrina, R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale*, cit., p. 115.

Viene, tuttavia, precisato che l'incremento edificatorio non è collegato direttamente all'atto abdicativo, bensì al provvedimento amministrativo<sup>157</sup>.

Tale ricostruzione ha subito numerose critiche da parte della dottrina: si obietta, innanzitutto, che essa non è in grado di superare le difficoltà derivanti dall'assenza di un riferimento oggettivo; in altri termini, non è chiaro quale sia il diritto oggetto di siffatta rinuncia<sup>158</sup>. Se, infatti, è concepibile la rinuncia ad un diritto soggettivo, non lo è la rinuncia ad una delle facoltà in esse ricomprese, dal momento che le facoltà costituenti il contenuto del diritto di proprietà non possono estinguersi se non con l'estinzione del diritto; tutt'al più dette facoltà possono essere comprese da un concorrente diritto reale limitato (*ius in re aliena*)<sup>159</sup>. Pertanto, qualora si affermasse che oggetto della rinuncia è il diritto di edificare a sé stante, si andrebbe contro il principio di tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali<sup>160</sup>; qualora, invece, si sostenesse che, in realtà, si tratti di una mera rinuncia alla facoltà di costruire, si contraddirebbe, piuttosto, l'assunto secondo il quale il contenuto del diritto di proprietà non solo non può essere modulato dalla mera volontà delle parti, ma le facoltà in esso comprese non possono formare oggetto di autonomi atti dispositivi.

---

<sup>157</sup> A. RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche nella esperienza notarile*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Michele Costantino (a cura di), Milano, 1995, p. 152; R. TRIOLA, *op. ult. cit.*, p. 115; ID., *La natura giuridica della cessione di cubatura*, nota a Cass. 30 aprile 1974 n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1425.

<sup>158</sup> In questi termini, N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1132 e F. GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, in *Codice Civile Commentario* diretto da P. Schlesinger, I, Milano, 1991, art. 2643-2645, p. 658.

<sup>159</sup> In tal senso: G. B. PICCO - A.M. MAROCCO, *op. cit.*, p. 638.

<sup>160</sup> Si tratta di un principio non codificato desumibile dalla lettura complessiva della attuale legislazione alla luce della sua evoluzione storica, in base al quale nessun contratto potrebbe costituire diritti reali diversi da quelli previsti dalla legge o ancora modificarne elementi strutturali (o essenziali) del tipo. Sulla questione della tipicità dei diritti reali, U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, a cura di A. Gambaro e U. Morello, vol.1, *Proprietà e possesso*, Milano, 2009, p. 67, secondo il quale un siffatto principio sarebbe giustificato da ragioni di ordine pubblico economico o di ordine pubblico di direzione economica, trattandosi di "regola non scritta". Ed ancora in dottrina *ex multis*: C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 133; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, cit., p. 53; ID., *Il problema della tipicità dei diritti reali*, cit., p. 37; G. IACCARINO, *Diritti reali atipici*, in *Riv. Not.*, 1993, p. 101; M. MAGRI *La sovrapposizione di diritti reali tra tipicità ed atipicità* in *Riv. Not.* 2002, p. 1416. In giurisprudenza: Cass. Civ., 26 febbraio 2006, n. 5034, in *Nuova giur. Comm.*, 2008, p. 1266, con nota di D. TESSERA, *Differenze tra diritto d'uso e diritti personali di godimento sotto il profilo contenutistico e della disciplina di circolazione*; e in *Giur. it.* 2008, I, c. 2474 con nota di S. CONTI, *Diritto reale d'uso e diritto personale di godimento*.

Inoltre, è stato rilevato<sup>161</sup> che la rinuncia abdicativa è un negozio unilaterale, non recettizio ed irrevocabile, mediante il quale un soggetto “dismette puramente e semplicemente un diritto di cui è titolare, senza trasferirlo ad altri ed indipendentemente dal fatto che il diritto rinunciato si estingua o venga acquistato da un altro soggetto”<sup>162</sup>. Di conseguenza, non vi è alcun collegamento tra la diminuzione della volumetria del fondo appartenente al soggetto rinunciante e l’incremento della capacità edificatoria di un altro fondo e, soprattutto, non si giustificerebbero le ragioni per le quali un lotto piuttosto di un altro benefici di una siffatta maggiorazione.

In altri termini, poiché nessun altro soggetto può aver acquistato il diritto al maggior sfruttamento edilizio, è difficile spiegare come, con la semplice rinuncia, proprio quel determinato "cessionario" confinante abbia "acquistato" la cubatura, ovvero come mai nessun altro proprietario contiguo abbia profittato di tale rinuncia<sup>163</sup>. La rinuncia, infatti, “non è direttamente a favore di qualcuno”, ma “in modo indiretto se ne avvantaggiano tutti coloro che si trovano in una determinata posizione”<sup>164</sup>. Né è sufficiente a superare simili obiezioni la considerazione che la rinuncia ha quale beneficiaria solo ed esclusivamente la pubblica Amministrazione: una tale ricostruzione, infatti, non rispecchia la fattispecie in esame, nella quale il cedente non vuole solo abdicare ad un proprio diritto, bensì indica espressamente il beneficiario di una tale attribuzione<sup>165</sup>: si tratterebbe in definitiva di una rinuncia traslativa avente ad oggetto un diritto reale non propriamente definito. Ed infatti, per evitare che in seguito alla rinuncia abdicativa resti indeterminato il soggetto che godrà del conseguente incremento di cubatura, potrebbe considerarsi la fattispecie – come già delineato dalla giurisprudenza<sup>166</sup> -

---

<sup>161</sup> N. A. CIMMINO, *op. ult. cit.*, p. 1132; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., p. 699 e ss.; F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 1678.

<sup>162</sup> L’espressione è di N. A. CIMMINO, *op. ult. cit.*, p. 1132.

<sup>163</sup> M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, cit., p. 68. Per rispondere all’interrogativo del testo, M. COSTANZA, nota a Cass. 14 dicembre 1988 n. 6807, cit., p. 373, che pure aderisce alla tesi della rinuncia, afferma che la rinuncia medesima non è fatta a favore del proprietario del fondo confinante, bensì verso la P.A.

<sup>164</sup> F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, cit., p. 251, il quale rileva che, nell’ipotesi in esame, trae vantaggio un fondo (dato oggettivo).

<sup>165</sup> M. COSTANZA, *ult. op. cit.*, p. 372.

<sup>166</sup> Cass. 6 luglio 1972, n. 2235, in *Riv. not.*, 1973, p. 1165.

alla stregua della c.d. *rinunzia traslativa*, in cui il "cedente" rinuncia alla cubatura dietro corrispettivo (o gratuitamente) a favore del "cessionario".

Tuttavia, anche questa ricostruzione, come la rinunzia abdicativa, presta il fianco agli stessi rilievi già visti sulla mancata determinazione del diritto oggetto della rinunzia e, quindi, finisce per esporsi alle medesime critiche formulate nei confronti dell'opinione che ricostruisce quale diritto reale atipico la fattispecie in esame; ma è soprattutto sul piano concettuale che si avversa la dedotta figura, in base al fatto che una rinunzia traslativa altro non è se non un comune negozio traslativo<sup>167</sup>.

## 2.5 La teoria del vincolo di destinazione

Di recente è stata proposta una diversa teoria rispetto a quelle sopra indicate. Un autore<sup>168</sup>, partendo dal ribadire che l'effetto traslativo della cubatura è il risultato di due atti distinti, tra loro collegati, e che il provvedimento amministrativo costituisce una *condicio iuris* dell'atto privato, ritiene che si debba far riferimento ad un contratto con effetti reali, trascrivibile ed opponibile *erga omnes*, ma che non sia necessario riferirsi a diritti reali tipici per i quali forzare gli schemi. L'autore, in particolare, ritiene che, con la cessione di cubatura, il proprietario, più che trasferire o costituire un diritto reale, imponga, a carico del proprio fondo e a favore del lotto confinante, un vincolo di destinazione, consistente nell'obbligo di "non utilizzare l'area di sua proprietà a fini edificatori" ossia di "non modificare lo stato di fatto dell'immobile mediante la costruzione di edifici". L'autorimposizione di tale vincolo rientra nella facoltà del proprietario del fondo che, potendo godere e disporre in modo pieno ed esclusivo del suo diritto, può ben decidere, per le più svariate ragioni, di non costruire sul proprio terreno: si

---

<sup>167</sup> In questi termini: M. LEO, *op. cit.*, p. 699; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, cit., p. 291; P. L. TROJANI, *Tipicità e "numerus clausus" dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, cit., p. 295.

<sup>168</sup> N. A. CIMMINO, *Trasferimenti di cubatura*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, IV, Beni e Proprietà*, Torino, 2004, p. 287; nonché, dello stesso Autore, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit. pp. 1113-1114.

tratterebbe, in altre parole, di un atto di disposizione avente contenuto negativo, in quanto tale rientrante agevolmente nel contenuto tipico del diritto di proprietà.

In tal modo, il proprietario di un'area, imponendo a carico dell'area un vincolo di destinazione consistente nel divieto di utilizzare il fondo per edificazione, impone al bene medesimo una limitazione alla sua libera utilizzabilità al fine di raggiungere lo scopo cui è destinato<sup>169</sup>. Tale vincolo, ricondotto dalla dottrina alla disciplina dell'art. 1379 c.c. stante la inalienabilità ivi prescritta, dovrebbe essere temporaneo nonché rispondere ad un interesse apprezzabile di una delle parti ed avere efficacia obbligatoria tra esse e, soprattutto, non opponibile ai terzi.

Tuttavia, nel caso in esame, la fattispecie delineata assumerebbe caratteristiche atipiche rispetto alla previsione codicistica, che non consentono di ricondurlo allo schema legale della ricordata disposizione, dal quale differisce per i caratteri di perpetuità e realtà, giustificati dalla natura dell'interesse che con esso si persegue.

Secondo l'autore che ha proposto tale tesi, in ordine alla ricostruzione degli interessi in gioco – rispettivamente dei privati ad ottenere un permesso di costruire cd. “maggiorato” e della Pubblica Amministrazione al rispetto della programmazione urbanistica e, con essa, dell'assetto urbanistico edilizio del territorio - sarebbe presente un superiore interesse pubblico in grado di modificare la normale disciplina civilistica e di giustificare le caratteristiche del vincolo di destinazione suddetto.

Secondo questa ricostruzione, in particolare, verrebbe superata l'obiezione rappresentata dalla natura meramente obbligatoria e temporanea della limitazioni convenzionali al potere di disposizione della proprietà ex art. 1379 c.c.

La suddetta interpretazione trova conforto in una sentenza della Suprema Corte<sup>170</sup> che, in tema di vincoli derivanti dalle convenzioni urbanistiche stipulate tra privati e Comune, ha espressamente affermato come debba escludersi l'applicazione

---

<sup>169</sup> A. FUSARO, *I vincoli contrattuali di destinazione degli immobili*, in *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, tomo III, Torino, 1995, pp. 2329-2340; P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*, in *Notariato*, 2000, pp. 413-420.

<sup>170</sup> Cass. 27 settembre 1997, n. 9508, in *Urb e App.*, 1998, p. 263.



dell'art. 1379 c.c., dal momento che questa disposizione fa riferimento a limitazioni poste nell'interesse privato e non può quindi essere invocata allorché, come nel caso di specie, gli oneri gravanti sul fondo trovino invece la loro giustificazione in interessi di carattere generale. E deve riconoscersi che tali limitazioni operino anche nei confronti dei terzi. Dalla lettura di questa sentenza può desumersi il principio generale che la disciplina del Codice Civile può non trovare completa applicazione quando siano coinvolti interessi di natura pubblicistica, presupposto che ricorre, per le ragioni innanzi esposte, proprio nella cessione di cubatura.

Inoltre, la circostanza che il vincolo di non edificare imposto sul proprio terreno sia rivolto a beneficio di un determinato soggetto giustifica che, a seguito dell'apposizione di tale vincolo, venga rilasciata una concessione maggiorata non a tutti i proprietari dei fondi confinanti in misura proporzionale, ma solo a favore del soggetto indicato nell'atto che stabilisce il vincolo.

Ciò nonostante, l'imposizione di un vincolo di destinazione - atipico nel contenuto e negli effetti - pur permettendo il sorgere del limite, reale e perpetuo, all'edificabilità nel fondo *a quo*, non consente tuttavia di comprendere come si realizzi tecnicamente l'incremento di cubatura nel fondo *ad quem*. Infatti, un tale effetto potrebbe essere conseguito dal Comune mediante il suo potere di redistribuire tra i proprietari dei fondi aventi le caratteristiche previste dagli strumenti urbanistici la volumetria non utilizzata: la scelta comunale della distribuzione della volumetria volontariamente non utilizzata dal cedente in modo generalizzato e diffuso è regolata dalle norme urbanistiche vigenti, ma può essere confermata in modo diverso allorquando sussista un accordo espresso tra i privati interessati<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> Come ampiamente rilevato, non vi è alcun ostacolo logico - giuridico ad ammettere la possibilità di una regolamentazione pattizia della distribuzione della cubatura non impiegata dal cedente ad uno o più cessionari secondo le regole del diritto privato, né ciò potrebbe mai contrastare con un interesse avverso della Pubblica Amministrazione; appare tuttavia preferibile, proprio in tale luce, che l'atto di destinazione abbia una struttura bilaterale o plurilaterale, in modo da far accettare espressamente e senza dubbio alcuno i beneficiari dell'attribuzione. Non vi è dubbio che i Comuni possano dare pubblico rilievo ai piani privati di lottizzazione aderendovi e consentendo di conseguenza la ripartizione tra le aree coinvolte nel progetto della volumetria complessiva edificabile, legittimando su alcuni lotti il rilascio di permessi di costruire cd.

Il trasferimento della volumetria costituisce, insomma, il momento finale al quale si giunge attraverso due distinti atti: l'atto d'obbligo privato, avente una struttura bilaterale, mediante il quale è imposto sul fondo *a quo* un vincolo di destinazione (nella specie un vincolo di inedificabilità), dal quale deriva il depauperamento della volumetria; il provvedimento amministrativo cd. maggiorato, dal quale consegue la redistribuzione o l'assegnazione della cubatura non utilizzata. Il Comune, in conclusione, mediante il proprio provvedimento verifica la *condicio iuris* alla quale è assoggettata l'efficacia dell'intera operazione.

Quanto al regime di pubblicità, la citata dottrina sostiene che un tale atto di destinazione, formalizzato in atto pubblico o in una scrittura privata autenticata potrà essere trascritto rendendo opponibile il trasferimento di volumetria ai terzi; infatti, la circolare del Ministero delle Finanze, 2 maggio 1995 n. 128, recante istruzioni per la compilazione delle note di trascrizione in applicazione della Legge 27 febbraio 1985 n. 52, ammette la trascrizione degli atti unilaterali di obbligo, senza alcuna esclusione per gli atti bilaterali. L'atto impositivo del vincolo potrebbe essere tecnicamente inquadrato nell'alveo degli atti d'obbligo con conseguente accesso alla pubblicità immobiliare.

Non solo: si aggiunga come anche il principio di tassatività di cui all'art. 2645 c.c., secondo il quale deve rendersi pubblico ogni altro atto o provvedimento che produce - in relazione a beni immobili o a diritti reali immobiliari - taluno degli effetti di cui all'art. 2643 c.c., debba essere letto in modo attenuato, permettendo in ogni caso la trascrizione "di quei diritti immobiliari assimilabili ai diritti reali atipici, in quanto si traducono in un peso della proprietà immobiliare"<sup>172</sup>. In definitiva, se l'art. 2645 c.c. producesse i medesimi effetti dell'art. 2643 c.c., sarebbe privo di autonomo contenuto e rappresenterebbe un'inutile duplicazione di norme<sup>173</sup>.

---

maggiorati. Secondo N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1141, un tale parallelo con la semplice cessione di volumetria appare del tutto ammissibile.

<sup>172</sup> N. A. CIMMINO, *op. ult. cit.*, p. 1143, riporta virgolettata l'espressione tratta dalla pronuncia della Suprema Corte del 6 giugno 1973 n. 1711, in *Mass. Giust. Civ.*, 1968, p. 867.

<sup>173</sup> Rileva altresì l'Autore, citato nella nota che precede, come un limite alla possibilità di eseguire la formalità della trascrizione nei registri immobiliari possa avere ragione di esistere solo in relazione ad interessi di rango privatistico, ma non laddove la fattispecie complessa sia frutto di

In conclusione, il difetto di una tale impostazione, che precorre i tempi postulando un ricorso al meccanismo del vincolo destinatorio in materia urbanistica, ben prima dell'introduzione nel nostro ordinamento giuridico dell'art. 2645 ter c.c., è rappresentato proprio dalla difficoltà di immaginare il ricorso ad un siffatto strumento che difetta in concreto dei requisiti della realtà e della perpetuità che costituirebbero, invece, il valore determinante di una tale fattispecie.

In realtà, a chi ha criticato tale impostazione<sup>174</sup>, è parso che il ricorso al vincolo di destinazione, sia pure originale nella sua proposta, miri esclusivamente a sostituire i riferimenti normativi alla servitù di non edificazione e alla *servitus non altius tollendi*, senza risolverne i dubbi ma enfatizzandone, piuttosto, le perplessità.

Più recentemente, è stata affrontata dalla dottrina<sup>175</sup> la possibilità di ricostruire la fattispecie della cessione di volumetria utilizzando il nuovo schema legale offerto dall'art. 2645 ter c.c., introdotto dalla legge 23 febbraio 2006 n. 51 che ha convertito il D. L. 30 dicembre 2005 n. 273, il quale dispone la trascrivibilità nei registri immobiliari del vincolo di destinazione destinato a soddisfare un interesse meritevole di tutela da parte della pubblica Amministrazione<sup>176</sup>.

Ci si è chiesti, dunque, se la novella legislativa, ove si aderisse alla posizione che ritiene il nuovo art. 2645 ter c.c. non una semplice norma sulla pubblicità ma una norma di valore sostanziale, potesse superare le preoccupazioni che discendevano dalla mancata trascrizione di quella tipologia di atti rientranti nella fattispecie del vincolo di destinazione atipico, perpetuo ed opponibile *erga omnes* in deroga all'art. 1379 c.c.<sup>177</sup>

---

una singolare coesione di interessi pubblici e privati, meritevole di godere di un pieno regime di opponibilità negoziale.

<sup>174</sup> In tal senso, G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione e mutazione del diritto*, cit., pp. 339-438.

<sup>175</sup> G. CASU, *I negozi di destinazione a tutela della pianificazione urbanistica*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata - Quaderni della Fondazione Italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 280 ss.

<sup>176</sup> Per una completa disanima sulla portata dell'art. 2645ter c.c., R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impresa*, II, 2006, p. 1726 ss.

<sup>177</sup> Sull'argomento, in generale, prima dell'introduzione dell'art. 2645ter, c.c.: A. FUSARO, *Gli atti di impegno in materia edilizia e la loro trascrivibilità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 922; M. MARE', *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, cit., p. 1347.

In quest'ottica, infatti, si è giunti a sostenere<sup>178</sup> che proprio il riferimento alle "Pubbliche Amministrazioni", contenuto nell'articolo richiamato, potrebbe consentire di eliminare ogni dubbio sulla circolazione dei vincoli di destinazione atipici (i cd. atti d'obbligo unilaterali) anche se non previsti da specifiche disposizioni di legge.

A ben vedere, il vincolo di non edificazione imposto dal proprietario cedente sul proprio suolo è posto a presidio di interessi meritevoli di tutela: da un lato, infatti, vi è l'interesse privatistico a costruire per una volumetria maggiore; dall'altro, si persegue l'interesse pubblicistico al rispetto dell'indice planovolumetrico di quella determinata zona. Sembrano, quindi, rispettarsi i requisiti richiesti dall'art. 2645 ter c.c. per l'opponibilità *erga omnes* del vincolo, sempre che siano osservate le previste limitazioni temporali (quella dei 90 anni o della durata della vita del beneficiario – persona fisica). Ma è proprio questo profilo, tuttavia, a suscitare forti perplessità in ordine alla plausibilità dell'impostazione sopra descritta.

In realtà, mediante la cessione di volumetria la potenzialità edificatoria di un lotto viene sfruttata dal lotto *ad quem* in senso urbanisticamente rilevante; non si destina il proprio bene a qualcosa, ma si rinuncia semplicemente alla sua capacità edificatoria a favore di un'area appartenente a un diverso proprietario. Si è quindi al di fuori del meccanismo destinatorio di cui all'art. 2645 ter c.c.. Senza considerare che nella fattispecie di cui all'art. 2645 ter il vincolo non può avere durata superiore ai 90 anni.

Alla luce della Novella legislativa è stato sostenuto<sup>179</sup>, sul piano della prevista trascrivibilità, un accostamento dell'art. 2643, n. 2 *bis*, con la non meno

---

<sup>178</sup> G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, II, 2006, p. 176.

<sup>179</sup> In questi termini, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., pp. 39 ss., secondo la quale, il conflitto fra cessionario e acquirente del fondo asservito si sarebbe potuto risolvere allo stesso modo del conflitto fra beneficiario della destinazione e acquirente del bene destinato, mentre, ai fini del conflitto con il creditore del cedente, sarebbe stato sufficiente ricondurre il vincolo nascente dalla cubatura a un vincolo di indisponibilità. Ragionamento, questo, indirettamente confermato proprio dal richiamo all'art. 2915, comma 1, c.c. contenuto nell'art. 2645 ter c.c., con una assimilazione, quanto meno sul piano del conflitto, fra vincolo di destinazione e vincolo di indisponibilità (sul tema dei conflitti, nella destinazione, fra creditori

problematica disciplina dell'art. 2645 *ter* c.c., là dove, ugualmente, il vincolo di destinazione, sebbene debba ritenersi avere carattere obbligatorio, si connota del tratto ulteriore dell'opponibilità a terzi mediante trascrizione.

Tuttavia, e differentemente dall'ipotesi *de qua*, è proprio la collocazione della nuova norma all'interno dell'art. 2643 c.c., e dunque del contesto disciplinare dell'art. 2644 c.c., volto a collocare il conflitto fra più aventi causa dal comune autore, a segnare in modo chiaro la qualificazione del contratto di trasferimento dei diritti edificatori in termini di contratto ad effetti reali e non già di contratto ad effetti obbligatori costitutivo di un mero vincolo di indisponibilità<sup>180</sup>.

## 2.6 La teoria della servitù di non edificare

Il trasferimento della volumetria viene frequentemente ricondotto, sia in dottrina<sup>181</sup> che in giurisprudenza (civile<sup>182</sup> ed amministrativa), allo schema legale della servitù<sup>183</sup>: la cessione di cubatura sarebbe, in concreto, un negozio mediante il quale il proprietario di un fondo lo grava volontariamente di un peso a favore di un altro lotto. Il riferimento alla servitù consentirebbe, nel caso di specie, di coniugare il rispetto del principio della tipicità dei diritti reali, con una

---

destinati e creditori personali del conferente, ancora, B. MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli, 2011, pp. 124 ss., 221 ss.).

<sup>180</sup> Per R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, IX, diretto da M. Bessone, Torino, 2012, p. 126 ss., è il riferimento ai «contratti che trasferiscono diritti edificatori», contenuto nell' art. 2643, n.2 *bis*, a non lasciare alcun dubbio circa l'intenzione del legislatore di attribuire efficacia traslativa a tali contratti.

<sup>181</sup> G. B. PICCO - A. M. MAROCCO, *I c.d. trasferimenti di cubatura*, cit., p. 676.

<sup>182</sup> Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1974, I, 922; Cass. 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 211.

<sup>183</sup> Secondo una siffatta impostazione, che “soddisfa esigenze di certezza giuridica e di effettività delle previsioni urbanistiche”, attraverso la cessione di cubatura si restringono in via permanente i poteri connessi al proprietario cedente in relazione al bene di cui è proprietario e si incrementa la particolare utilità rappresentata dalla capacità edificatoria del fondo appartenente ad un diverso proprietario: simili pattuizioni attribuiscono all'area che ne beneficia vantaggi che possono agevolmente essere ricondotti ad una *qualitas fundi*, conducendo di conseguenza la fattispecie al tipo servitù. In questi termini, Cons. Stato 25 novembre 1988 sez. V n. 744 in *Foro Amm.* 1988, p. 3251, cit.. M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, op. cit., p. 699 e ss. ricorda che a sostegno di tale impostazione viene sovente richiamato il lontano precedente giurisprudenziale della Suprema Corte del 7 giugno 1968 n. 1738 (pubblicato in *Riv. Giur. Edil.* 1969, I, 1, p. 46) secondo il quale, in ipotesi di mancata autorizzazione da parte dell'autorità comunale, l'accordo concluso tra le parti conservava piena validità di convenzione di diritto privato.

soddisfacente ricostruzione dogmatica della fattispecie, e con l'esigenza di assicurare piena conoscibilità ai terzi, mediante il ricorso alla pubblicità immobiliare<sup>184</sup>.

In particolare, nell'ipotesi in cui il cedente spogli integralmente della capacità edificatoria il fondo servente, in modo tale che non possa esser più realizzato alcun manufatto, lo schema legale sarà quello della servitù di non edificazione; qualora, piuttosto, le parti intendano realizzare un "parziale" trasferimento della cubatura, il meccanismo tipico di riferimento potrà essere quello della *servitus altius non tollendi*, in modo tale che il cedente possa utilizzare egli stesso sul proprio lotto un manufatto che impieghi la residua cubatura oppure possa cederla a terzi; la servitù resterebbe in ogni caso soggetta alla condizione risolutiva (*condicio iuris*) rappresentata dal rifiuto del permesso di costruire maggiorato da parte del Comune in favore del proprietario del fondo dominante.

Non è mancata, infatti, la consapevolezza dell'insufficienza del modello della servitù tipica *non aedificandi* a realizzare lo scopo prefissato dalle parti, e cioè l'incremento edificatorio del fondo dominante, per il quale sarebbe pur sempre necessario il provvedimento comunale. In quest'ottica, l'effetto della disponibilità

---

<sup>184</sup> Nell'orientamento giurisprudenziale, l'accordo di cessione di cubatura determinerebbe, rispetto al fondo servente, un permanente vincolo di inedificabilità da parte di chiunque ne sia proprietario e attribuirebbe, allo stesso tempo, al terreno contiguo un corrispondente vantaggio inerente al terreno, come *qualitas fundi*, cioè con carattere di realtà, potendo dunque inquadrarsi nello schema della servitù (Cass., 25 ottobre 1973, n. 2743, *cit.*). Il principio è espresso, sebbene in un *obiter*, nel caso deciso da Cass., Sez. Un., 20 dicembre 1983, n. 7499, *cit.*, per la quale, anche quando un fondo sia gravato da una servitù che lo privi di possibilità edificatorie (nel caso di specie, un vincolo di destinazione a strada), i volumi edificatori ad esso correlati resterebbero, comunque, nella disponibilità del proprietario dell'area, che potrebbe utilizzarli nel caso di estinzione di tale servitù, onde, senza il consenso di questi, i proprietari dei fondi contigui non possono avvalersene.

Sarebbe ipotizzabile la nascita di un'ulteriore servitù a carico di tale fondo, il cui contenuto dovrebbe essere costituito dal peso derivante dal divieto totale o parziale di utilizzazione della capacità edificatoria, inerente al fondo servente, e dalla corrispondente *utilitas* di quello dominante, consistente nel maggior volume edificatorio. Nel caso di specie, si è ritenuto che al terzo acquirente del terreno gravato da servitù di passaggio stradale con obbligo di non edificabilità, regolarmente trascritta, non sarebbe opponibile anche l'utilizzabilità da parte di altri del volume edificatorio vincolato, in mancanza di trascrizione dello specifico accordo riconducibile ad un autonomo atto costitutivo di servitù, con conseguente obbligo al risarcimento del danno a favore dell'acquirente. In dottrina, si orientano nella direzione della servitù di non edificare, fra gli altri, G. PICCO e A.M. MAROCCO, *op. cit.*, p. 641 ss.; M. DI PAOLO, *Trasferimento di cubatura di area e numero chiuso dei diritti reali*, nota a Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Riv. not.*, 1975, p. 547 ss.; N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, *cit.*, p. 1068 ss.

di ulteriore volumetria sarebbe sempre condizionato al successivo provvedimento concessorio del Comune, variamente qualificato come *condicio iuris*<sup>185</sup>, *condicio facti*<sup>186</sup>, oppure presupposizione<sup>187</sup>.

Per quanto riguarda il rapporto con la pubblica amministrazione è inoltre opportuno che all'atto di costituzione di servitù si accompagni un atto d'obbligo - unilaterale o anche bilaterale - con il quale il cedente rende irrevocabile la sua volontà anche nei confronti della pubblica Amministrazione o, piuttosto, l'assunzione da parte sua di uno specifico obbligo contrattuale di rogare siffatto atto a semplice richiesta del cessionario. Un tale atto, sottratto alle vicende risolutorie dei contratti, avrebbe il pregio della irrevocabilità, salvo espressa autorizzazione da parte della pubblica Amministrazione. In alternativa, il cessionario, nel cui interesse il procedimento si svolge, potrebbe essere costituito mandatario in *rem propriam* alla stipula di un siffatto atto d'obbligo appena richiesto dalla pubblica Amministrazione.

E' stato rilevato, in questa prospettiva, che il ricorso al meccanismo legale delle servitù *non aedificandi* o *altius non tollendi* offrirebbe una spiegazione chiara alla nascita del vincolo sul fondo appartenente al cedente, ma non permetterebbe di comprendere come si verifica tecnicamente il corrispondente incremento della volumetria in capo al cessionario; infatti, a differenza della mera imposizione del peso della servitù, che si esaurisce in un semplice *non facere*, nella cessione di

---

<sup>185</sup> È questa la ricostruzione proposta da G. PICCO e A.M. MAROCCO, *op. cit.*, p. 641, i quali precisano che gli effetti della costituzione della servitù sono condizionati, in base alle disposizioni delle norme di attuazione del P.R.G.C., alla autorizzazione del Comune. Si tratterebbe di una «*condicio iuris*», nel senso che «il trasferimento di cubatura non si verifica se non con il provvedimento amministrativo». Le parti, però, al fine di stabilire un termine per l'avveramento, potrebbero confermare negozialmente tale condizione, subordinando sospensivamente l'efficacia dell'atto al suo verificarsi, che dovrebbe risultare da atto pubblico o scrittura privata autenticata, da annotarsi a margine della trascrizione della costituzione di servitù.

<sup>186</sup> P. DE MARTINIS, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 222.

<sup>187</sup> Non sfugge a N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, cit., p. 1078, che la costituzione di servitù costituisce un mero «presupposto» del provvedimento comunale di rilascio della cubatura maggiorata, che riveste carattere di elemento costitutivo dell'intera vicenda. Tuttavia, attraverso un (dubbio) sdoppiamento del profilo pubblicistico da quello privatistico della vicenda, il provvedimento comunale è ricondotto, dal punto di vista strettamente privatistico, a elemento consolidativo di una situazione pregressa e la non attualità del vincolo, sotto il profilo urbanistico, è spiegata i termini di condizione risolutiva non sviluppata, ovvero presupposizione del mancato rilascio della concessione amministrativa maggiorata.

volumetria vi è un *quid pluris* rappresentato dal diritto da parte del soggetto proprietario del fondo *ad quem* di utilizzare una cubatura maggiore di quella originariamente sviluppata dal lotto medesimo. Pertanto, al fine di giustificare la costituzione di un siffatto vincolo reale, una soluzione alla questione è proposta da chi afferma – in linea con l’assunto secondo il quale le servitù possono avere un contenuto atipico - che nel caso di specie potrebbe essere configurata una servitù di non edificare finalizzata o qualificata, nella quale il peso sul fondo servente non consisterebbe solo in un mero *non facere*, ma anche in un *pati*: il cedente sopporta, infatti, che sul fondo di “atterraggio” insista un manufatto avente una volumetria maggiore di quella prevista dagli strumenti urbanistici, come consentita dal nuovo permesso di costruire<sup>188</sup>.

In senso contrario a tale soluzione, si è osservato come, per quanto atipico possa essere il contenuto della servitù, esso sia pur sempre collegato ad una *utilitas* che, nel caso di specie, potrebbe configurarsi, però, solo a seguito del rilascio del provvedimento amministrativo concessorio<sup>189</sup>. Il rilascio del permesso di costruire non è, pertanto, una mera condizione di efficacia dell’atto di cessione, bensì un elemento costitutivo della fattispecie<sup>190</sup>, sicché in assenza di esso non è

---

<sup>188</sup> In questi termini, M. LIBERTINI, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, cit., p. 93, che parla di una «servitù di non edificare *finalizzata o qualificata*». La sopportazione di un maggior volume potrebbe comportare anche una riduzione della possibilità di godimento panoramico o l'implicita elevazione della soglia di tollerabilità di certe immissioni. Nell'ipotesi di mancanza di contiguità fra i due fondi, si avrebbe un «diritto reale atipico», che presenterebbe diversi elementi delle servitù, ma in cui la connessione funzionale fra i due fondi dovrebbe essere puramente giuridica.

<sup>189</sup> Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 371 (in motivazione).

<sup>190</sup> Secondo F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 659, il tentativo di ricorrere all'ipotesi della servitù è destinato all'insuccesso atteso che esso non ha alcun rilievo per la pubblica Amministrazione, nei confronti della quale è indispensabile “la sussistenza dei presupposti previsti dal piano regolatore”. Ed ancora aggiunge l'Autore che “il cd. cedente dovrà quindi manifestare nei confronti della pubblica Amministrazione, con i modi i tempi e le formalità di legge, il proprio consenso alla cessione di cubatura”. E “tale consenso non potrà di certo essere sostituito dalla mera esibizione del contratto di cessione concluso *inter partes*, il quale a tal fine, è *inutiliter factum*. Ciò dimostra a sufficienza che il cessionario non è titolare di un diritto reale opponibile ai terzi, perché senza dubbio in caso di doppia cessione della cubatura a due cessionari limitrofi, prevarrebbe ai fini del rilascio della concessione per una cubatura superiore, non già chi per primo ha trascritto l'atto di cessione, ma colui il quale potrà vantare un atto di consenso del cedente manifestato nei confronti del Comune nelle debite forme” (p. 660). In realtà, l'utilità della costituzione della servitù di non edificazione e della servitù *altius non tollendi* consiste nell'imposizione immediatamente efficace del limite alla sua edificazione, che produce effetto indipendentemente dal rilascio del permesso di costruire e rende possibile nel momento di esito positivo del procedimento amministrativo l'esito finale del trasferimento della cubatura da un lotto



configurabile una *utilitas* e, dunque, il diritto<sup>191</sup>. In quest'ottica, alla critica per la quale l'utilità dedotta in servitù deve avere il carattere della "permanenza", dato non riscontrabile nel caso di specie, è stato agevole rispondere che il vantaggio della maggior cubatura non si esaurisce con la realizzazione dell'edificio, ma che, invece, essa può ben essere riutilizzata in occasione di una eventuale ricostruzione dello stesso manufatto<sup>192</sup>.

Nella stessa prospettiva, è stato rilevato<sup>193</sup> come ad una siffatta servitù mancherebbe il requisito dell'inerenza oggettiva e, soprattutto, non sarebbe ravvisabile nel caso di specie l'asservimento "attuale" di un fondo a favore dell'altro confinante. In realtà, nel tentativo di superare tale obiezione, si è

---

all'altro; il futuro incremento edificatorio del fondo dominante, che è invece strettamente connesso al rilascio del provvedimento da parte della pubblica Amministrazione, costituisce invece il vantaggio (in senso tecnico) del fondo servente, vantaggio che è futuro ed eventuale: è evidente che sarà la pubblica Amministrazione a rendere possibile, con il rilascio del permesso di costruire, il perfezionamento della fattispecie e con esso il trasferimento della volumetria da un fondo all'altro, ma sino ad allora l'immediata efficacia dell'accordo e la sua vincolatività esprimeranno tra le parti tutta la loro forza (con le conseguenze codicistiche in caso di doppia cessione e quindi di inadempimento) e saranno mediante il meccanismo pubblicitario conoscibili ai terzi.

<sup>191</sup> Così, correttamente, in senso critico, M. COSTANZA, nota a Cass, 14 dicembre 1988, n. 6807, cit., p. 373.

Si è osservato, in senso contrario, che lo schema della servitù, per quanto elastico, non sarebbe adatto ad accogliere il trasferimento di volumetria, giacché il suo contenuto, seppur atipico, rimane collegato ad una utilità permanente che il fondo dominante riceve da quello servente. In questi termini, P. PITTER, *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, cit., p. 435 s. Del resto, anche chi sostiene il ricorso allo schema tipico della servitù giunge ad ammettere che la cubatura maggiorata discende dal provvedimento comunale di concessione e non già dal contratto privatistico di servitù prediale, considerato che sia nella *servitus inaedificandi* che in quella *altius non tollendi* l'interesse del proprietario del fondo dominante sarebbe soddisfatto dal solo peso imposto sul fondo servente e non richiederebbe il potere di costruire un edificio con una volumetria tanto maggiore di quella di cui risulta essersi privato il fondo servente (P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo formativo della proprietà edilizia privata*, cit., c. 385).

<sup>192</sup> N. A. CIMMINO *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1137; F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 1680-1681; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, cit., p. 252, afferma semplicemente che il vantaggio permane a costruzione ultimata.

<sup>193</sup> F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 655-656, il quale rappresenta che nel caso di specie si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva, in cui confluiscono sul piano dei presupposti dichiarazioni private nel contesto di un procedimento amministrativo. Atteso il carattere pubblicistico della fattispecie, secondo tale Autore, solo al rilascio del permesso di costruire il cessionario acquisterà il diritto ad una cubatura maggiore; sino ad allora se il cedente perdesse il proprio diritto alla volumetria sviluppata dal proprio lotto, verrebbe automaticamente meno qualsiasi pretesa del cessionario. In concreto, a seguito della cessione di cubatura, il cessionario vanterà un interesse legittimo (esattamente corrispondente a quello vantato dal cedente prima della cessione di volumetria) ad ottenere il rilascio di un permesso di costruire in misura corrispondente alla cubatura sviluppata dal solo lotto sul quale sarà realizzata la costruzione o anche dai lotti oggetto del trasferimento della volumetria medesima.

richiamato lo schema della servitù per un vantaggio futuro del fondo dominante, ex art. 1029 c.c.<sup>194</sup>, affermando che, nonostante sia necessaria una utilità attuale, essa può essere legata, nella prospettazione negoziale formulata dalle parti, ad un elemento futuro quale il provvedimento amministrativo<sup>195</sup>. Ciò nonostante, come acutamente evidenziato, appare piuttosto difficile assimilare la vicenda del trasferimento di cubatura allo schema della servitù a vantaggio futuro<sup>196</sup>, giacché

---

<sup>194</sup> Per vantaggio futuro, non si intende l'astratta utilità collegata ad ogni forma di servitù: l'utilità deve essere attuale, il vantaggio può essere futuro ed eventuale. G. BRANCA, *Servitù prediali (art.1027-1099)* in *Commentario* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Roma – Bologna, 1967, p.34-38, ricorda, altresì, che il vantaggio futuro può dipendere da un modo di essere del fondo servente, del fondo dominante o di un altro fondo appartenente ad un terzo.

<sup>195</sup> G. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione e mutazione del diritto*, cit., p. 341. In particolare che una servitù potesse essere costituita per vantaggio futuro era già ammesso dalla giurisprudenza romana (sulla questione diffusamente, G.BRANCA, *op. cit.*, p.33 e ss., il quale ricorda che la norma è nuova sebbene figurasse nel progetto della Commissione Reale all'art.184). L'art. 1029 c.c. oggi dispone espressamente che la costituzione della servitù possa assicurare ad un fondo un vantaggio futuro. Tuttavia, si tratta di una norma che ha risolto i dubbi e le discussioni in ordine alla ammissibilità della servitù a vantaggio futuro, ma non ha radicalmente risolto tutte le questioni sul punto; basti pensare alla configurabilità di tali ipotesi solo in riguardo alle servitù volontarie e non coattive. In giurisprudenza, Cass. 7 aprile 2000, n.4346 in *Riv. Not.* 2001, p. 695 e in *Vita Not.* 2001, p. 923, Cass. 29 agosto 1997, n. 8227 in *Urbanistica e App.* 1998 p. 36, Cass. 19 febbraio 1996 n.1267 in *Foro It.* 1996, I, c. 2464, Cass. 14 novembre 1989 n. 4839 in *Rep. Foro It.* voce *Servitù* n.5, Cass. 4 agosto 1988 n. 4833 in *Giur. Agr. it.* 1988, p. 606 (con nota di R. TRIOLA), Cass. 6 agosto 1983 n. 5827 in *Rep. Foro It.* voce *Servitù* n.17, Cass. 14 gennaio 1982, n. 235 in *Giust. Civ.* 1983, I, p. 609. Secondo la giurisprudenza appena ricordata, la differenza tra le due fattispecie di cui al primo ed al secondo comma dell'art. 1029 c.c. consiste nel fatto che nell'ipotesi disciplinata dal primo comma (servitù per un vantaggio futuro del fondo dominante) esistono già tutti gli elementi per la costituzione della servitù (fondo dominante e servente) e l'unica peculiarità va rinvenuta nel fatto che l'utilità del fondo non è attuale ma verrà ad essere in futuro; invece, nella fattispecie regolata dal secondo comma, all'atto del negozio costitutivo difetta un elemento essenziale della fattispecie (l'immobile o il terreno) a vantaggio del quale la stessa opererà. Nel primo caso, insomma, la servitù nasce immediatamente, nel secondo nasce un vincolo obbligatorio suscettibile di trasformarsi in un rapporto di natura reale solo con la venuta ad esistenza del bene edificio o l'acquisto del terreno. Per distinguere le due fattispecie occorrerà avere riguardo al criterio dell'attualità dell'utilità ed alla volontà del costituente tenendo presente che il secondo comma dell'art. 1029 c.c. ha carattere eccezionale e presuppone la sicura individuazione dell'edificio costruendo o del fondo da acquistare. Sarà al tempo della certa identificazione dell'oggetto (attivo o passivo della servitù) che la costituzione avrà effetto. Sul punto, P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Napoli, 1966, p. 79, il quale afferma che il negozio di servitù su edificio da costruire è legalmente condizionato e come tale regolato dalle norme sulla condizione e può essere qualificato come "negozio ad effetti tipici parzialmente sospesi". Ciò porterebbe a sottolineare che nel caso di cui al secondo comma dell'art. 1029 c.c. l'idea dell'efficacia obbligatoria si scontra con la "difficoltà di ravvisare un obbligo diretto alla costituzione di servitù" C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 650. E' poi preferibile ritenere che lo schema della servitù a vantaggio futuro possa essere applicato a tutti i tipi di servitù; sulla questione, M. A. MAZZOLA, *Le servitù in Proprietà e diritti reali*, cit., p. 1855.

<sup>196</sup> A tal proposito, ricorda la dottrina (B. BIONDI, *Le servitù*, cit. p. 149) che "generalmente utilità e vantaggio coincidono. Ma possono essere disgiunti nel tempo". Il futuro di cui all'art.

“nella prima fattispecie l’*utilitas* a vantaggio del fondo dominante proviene da un provvedimento amministrativo, mentre nella seconda - come dimostrano le ipotesi paradigmatiche di servitù di presa d’acqua in funzione della futura eventuale trasformazione della coltura di un podere o dell’eventuale scoperta di una sorgente di acqua - l’utilità è tratta da un vincolo reale gravante sul fondo servente”<sup>197</sup>. Questa impostazione non sembra consentire, peraltro, il superamento dei limiti ricostruttivi dinanzi sottolineati. Infatti, ove sia concesso il permesso di costruzione maggiorato dal Comune, sarebbe comunque quest’ultimo a giustificare l’incremento di volumetria e, dunque, il vantaggio del fondo dominante, privando di qualunque rilevanza il contratto costitutivo di servitù, mentre, nell’ipotesi di mancato rilascio del provvedimento concessorio, la fattispecie non si compirebbe e la servitù non potrebbe continuare a sopravvivere, se non altro in esito all’esistenza di una presupposizione<sup>198</sup>.

Ancora, si è sostenuto dalla dottrina sviluppatasi prima della riforma, che la cessione di volumetria avrebbe tutti i requisiti richiesti dal legislatore per la costituzione della servitù. Nel rispetto del dettato positivo - conforme all’antico brocardo *nemini res sua servit* - il trasferimento può avere luogo solo laddove i fondi appartengano a diversi proprietari. Alla critica per la quale la cessione di cubatura può avvenire nella sfera di un unico soggetto (cd. “concentrazione di cubatura”), si è obiettato che anche tale fattispecie può essere ricondotta nell’alveo della servitù, *sub specie* di una servitù per destinazione del padre di

---

1029 c.c. non è il futuro certo (come nel caso della costituzione di servitù di derivazione di acqua piovana, in cui il vantaggio è rimandato nel tempo ma sicuro nella sua verifica), ma il futuro eventuale (come nell’ipotesi della costituzione di una servitù rispetto all’acqua che si potrà scoprire). La servitù, al tempo della sua costituzione, contiene in sé tutti gli elementi essenziali per la sua venuta ad esistenza previsti dalle norme, ivi comprese le utilità e produce effetti immediati, ponendo in essere il vincolo a favore del fondo dominante; futuro ed eventuale non è l’effetto che è attuale ed immediato, ma la possibilità di esercizio concreto della servitù.

<sup>197</sup> L’espressione è di B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 33 ss., la quale rileva, altresì, come la ricostruzione nei termini di servitù a vantaggio futuro si sostanzierebbe nel ricorso ad uno schema negoziale destinato a non avere vigore o ad essere solo strumentale alla presentazione, sul piano obbligatorio, dell’istanza al Comune, volta a permettere il trasferimento di cubatura.

<sup>198</sup> Parla di inefficacia Cass. 24 settembre 2009, n. 20623, cit., p. 319, con nota di G. CECCHERINI.

famiglia a norma dell'art. 1062 c.c.<sup>199</sup>, con il vantaggio evidente di rendere opponibile la fattispecie ai terzi, a certe condizioni, allorquando i due o più fondi cessino di appartenere allo stesso proprietario<sup>200</sup>.

In ossequio, poi, al canone secondo il quale *praedia vicina esse debent*, i fondi oggetto della cessione devono essere confinanti. Alla critica secondo la quale, talora, il meccanismo tecnico della cessione di volumetria possa essere attuato anche tra lotti non contigui, magari spazialmente lontani tra loro, in violazione del principio suddetto, è stato replicato che un siffatto requisito risulta soddisfatto dalla circostanza che i fondi interessati ricadono all'interno di una medesima zona dotata di *standards* urbanistici uniformi<sup>201</sup>. Questa critica, in realtà, appare facilmente superabile, anche e soprattutto alla luce della rilettura che la dottrina e la giurisprudenza hanno prospettato in ordine al requisito della *vicinitas*<sup>202</sup>; esso, infatti, va inteso non come mera contiguità spaziale tra i fondi, ma nel senso che essi devono trovarsi ad una distanza tale da consentire l'esercizio concreto del diritto di servitù.

Ulteriore problema della ricostruzione in esame è rappresentato dal fatto che la servitù, dal lato attivo, è sempre rinunciabile dal proprietario del fondo dominante, sicché la tesi proposta non convince perché non consentirebbe al Comune di ottenere la richiesta garanzia reale di inedificabilità. Lo schema negoziale del contratto costitutivo di servitù non sarebbe, inoltre, adatto alle esigenze pratiche dei contraenti e risulterebbe “esuberante” in relazione alle reali finalità perseguite dalle parti. Il cedente, il quale vuole conseguire un vantaggio economico dalla cessione a titolo oneroso della capacità edificatoria, non sembra altresì intenzionato a limitare volontariamente le sue facoltà proprietarie mediante un vincolo reale costituito sul proprio fondo e a vantaggio del fondo del cessionario,

---

<sup>199</sup> N. GRASSANO *La cessione di cubatura*, cit., p. 1083.

<sup>200</sup> In questi termini, G. TRAPANI, *op. cit.*, p. 370, il quale esemplifica facendo riferimento alla pluralità dei lotti appartenenti al medesimo proprietario in cui la volumetria sviluppata complessivamente dall'area sia invece concentrata con un indice diverso su ciascuno dei lotti stessi.

<sup>201</sup> Sulla questione diffusamente N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1136-1137; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, cit., p. 252; M. LEO, *op. cit.*, p. 699 e ss.; F. PATTI - F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 1680.

<sup>202</sup> Per tutte, Cass., 5 febbraio 1983, n. 965, in *Mass. Giur. It.*, 1983.

il quale, a sua volta, è interessato al solo acquisto della volumetria e non anche a tutti gli altri vantaggi, non necessari allo scopo, che ne deriverebbero. Soluzione, quest'ultima, che si rivelerebbe un meccanismo inefficiente a causa della sproporzione tra risultato voluto dalle parti e strumenti necessari per conseguirlo<sup>203</sup>.

Ricondurre la cessione di volumetria nello schema legale della servitù, tuttavia, presentava, senz'altro, l'indubbio vantaggio della trascrivibilità e, con essa, della emersione pubblicitaria di una tale convenzione<sup>204</sup>.

Alla luce del nuovo art. 2643, n. 2 bis questa teoria non è comunque più proponibile, se non altro perché la norma si riferisce anche al trasferimento di diritti edificatori, trasferimento ovviamente incompatibile con la servitù, tant'è che il n. 2 bis precede e non già segue il n. 3, e, inoltre, prevede, al di fuori della vicenda modificativa e costitutiva, quella traslativa di un diritto che attribuisce una *utilitas* positiva al titolare e non già, come la servitù, un vantaggio ad un fondo (chiunque ne sia il proprietario).

In chiave di realtà, sarebbe semmai in linea con la riforma, sul piano terminologico, l'idea del diritto reale immobiliare, fatta propria anche da talune remote sentenze, secondo cui il cedente, con la cessione, distaccherebbe in tutto o in parte la facoltà inerente al proprio diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e, formando un diritto a sé stante, lo trasferirebbe all'acquirente, a beneficio di un suo fondo, confinante o contiguo.

## *2.7 La teoria del trasferimento del diritto reale atipico*

In una risalente pronuncia<sup>205</sup>, i giudici della Suprema Corte hanno sostenuto che la cessione di cubatura costituisce un negozio traslativo di un diritto reale atipico. Si

---

<sup>203</sup> Così A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, cit., p. 82,

<sup>204</sup> M. LEO, *op. cit.*, p. 699 e ss., ricorda l'obiezione di chi ritiene che il ricorso allo schema legale della servitù sarebbe eccessivo rispetto alle finalità economiche perseguite dalle parti, dal momento che il cedente intende conseguire solo ed esclusivamente un mero vantaggio economico dalla cessione dei diritti di cubatura, al pari del cessionario che mira ad incrementare la capacità edificatoria del proprio lotto. A tali considerazioni l'Autore contrappone come l'eventuale eccessività dello strumento non consentirebbe di negare la praticabilità del ricorso al medesimo.

afferma, in sostanza, che attraverso tale atto a titolo oneroso il proprietario del fondo cui inerisce una determinata cubatura distacca in tutto o in parte la facoltà, inerente al suo diritto dominicale, di costruire nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e lo trasferisce definitivamente all'acquirente a beneficio del fondo di costui. In tal modo l'acquirente amplia il contenuto del proprio diritto di proprietà nella misura in cui diminuisce quello del cedente, onde, avvalendosi del diritto edificatorio ottenuto e in aggiunta alla cubatura di cui eventualmente già dispone, può conseguire una licenza di costruzione per una volumetria maggiore.

L'oggetto del trasferimento viene quindi individuato in una delle facoltà – e precisamente nella facoltà di costruire – in cui si realizza la proprietà fondiaria: essa, una volta distaccata dal diritto di proprietà cui ineriva, e resa autonoma rispetto allo stesso, formerebbe un diritto a sé stante, suscettibile di essere oggetto di atti di disposizione da parte dei privati. La cubatura costituisce pertanto una vera e propria *utilitas*, un valore economico di cui il titolare può liberamente disporre rendendolo oggetto di commercio e di negoziazione autonoma<sup>206</sup>.

L'indirizzo che ravvisa nella cessione di cubatura un negozio traslativo di un diritto reale atipico non viene ritenuto in conflitto con il principio della tipicità dei diritti reali, pacificamente riconosciuto in dottrina ed in giurisprudenza. Si argomenta, infatti, come sia senz'altro vero che i diritti reali, in quanto suscettibili di possesso giuridico tecnico, soggiacciono al principio del *numerus clausus* e devono comunque rientrare nei paradigmi legislativi corrispondenti; tuttavia, la classificazione stabilita dall'art. 813 c.c. può essere derogata da norme speciali<sup>207</sup>, come avviene, appunto, nel caso della cessione di cubatura espressamente prevista e consentita da alcuni piani regolatori.

Dunque, la soluzione proposta dalla Cassazione sembra realizzare appieno gli interessi delle parti, certamente meritevoli di tutela; inoltre, essa garantisce adeguatamente la tutela dell'affidamento dei terzi, in quanto per la conclusione del negozio in esame – trattandosi di un negozio traslativo di un diritto reale

---

<sup>205</sup> Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1424. Conf. Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, p. 1595.

<sup>206</sup> Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1544.

<sup>207</sup> Cass. 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2117.

immobiliare – è obbligatoria la forma scritta *ad substantiam* e la sua opponibilità ai terzi è assicurata dalla normale pubblicità della trascrizione<sup>208</sup>.

In realtà, sembrerebbe che la teoria nei termini sopra ricostruiti, non possa essere accolta, nonostante gli innegabili vantaggi pratici che essa presenta, consistenti, in particolare, nella possibilità di effettuare la trascrizione. Tale teoria, infatti, sembra accogliere la concezione, ormai superata, dei diritti reali limitati come diritti frazionari o parziari, cioè come diritti aventi per contenuto alcune facoltà originariamente ricomprese nel diritto di proprietà e da queste distaccate. In realtà, i diritti reali limitati sono autonomi diritti aventi contenuto analogo a quello di alcune facoltà comprese nel diritto di proprietà ma da questo distinti; conseguentemente, il diritto di proprietà risulta essere non un fascio di facoltà separabili ma un diritto unitario che può essere “compresso” dall’esistenza di altri diritti reali per poi “riespandersi” a seguito dell’estinzione di questi ultimi.

La stessa configurabilità della “cubatura” come bene a sé stante in senso tecnico giuridico non è sembrata condivisibile, altro non essendo che un termine tecnico utilizzato per esprimere il rapporto tra i metri quadrati di terreno e metri cubi edificabili sullo stesso, una mera espressione che in termini matematici indica le dimensioni che la futura costruzione dovrà avere<sup>209</sup>. Tra l’altro, proprio il postulato della cubatura in termini di *res* è stato sottoposto a dura critica da parte della dottrina, la quale evidenzia come la volumetria non possa essere considerata come bene a sé stante: trattandosi di mera *utilitas* del fondo, essa può essere trasferita soltanto mediante l’alienazione del fondo stesso.

### **3. Le teorie ricostruttive successive all’introduzione dell’art. 2643, n. 2 bis c.c.**

#### **3.1 Teoria della cubatura in termini di realtà**

---

<sup>208</sup> S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, cit., p. 287; G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 413.

<sup>209</sup> G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, cit., p.104.

E' stato di recente sostenuto<sup>210</sup> che - escluso il carattere obbligatorio della fattispecie - il diritto edificatorio possa, invece, essere ricondotto agevolmente allo schema del diritto assoluto e, in particolare, a quello del diritto reale.

Si può immediatamente obiettare come tale diritto non abbia ad oggetto la *res*, in quanto l'inerenza rispetto ad un fondo deve esserci per lo meno *ab origine*: il diritto edificatorio deve partire da un fondo dal quale "si stacca" per giungere ad un fondo "di arrivo" di proprietà del soggetto che edifica. In altri termini, sarebbe impossibile individuare il bene che formi oggetto del diritto edificatorio in assenza di un rapporto effettivo con un fondo, così da far risultare contraddittoria la qualificazione del diritto edificatorio come diritto reale in mancanza di un'inerenza attuale alla *res*. Per ovviare a tale inconveniente, si è proposta, in chiave di "discontinuità con la dogmatica tradizionale dei diritti reali", una lettura che presupponga l'inerenza attuale ad un fondo, quale requisito imprescindibile per la realizzazione del diritto edificatorio, ma non per la sua circolazione, così da potersi qualificare come reale anche un diritto che circoli in assenza di un rapporto effettivo col bene. Secondo questa prospettiva, allora, il trasferimento del diritto edificatorio non sarebbe un trasferimento di aspettativa di un diritto - secondo lo schema del differimento di efficacia - ma comporterebbe l'acquisto immediato del diritto con la sola particolarità che lo stesso non potrebbe realizzarsi se non in presenza di un suolo edificabile<sup>211</sup>. È tuttavia necessario segnalare come l'inerenza ad un substrato materiale, prima ancora che condizione per l'esercizio,

---

<sup>210</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista in Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, in Atti del Convegno di studi organizzato dalla Fondazione italiana per il notariato, Bari, 11 giugno 2011, Milano, 2012, p. 51. Nello stesso senso, B. CRETELLA, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in *Gazz. not.*, 2011, p. 481. Una soluzione per così dire eterodossa è proposta da G.A. DI VITA, *Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, 2011, p. 89 ss.

<sup>211</sup> La ricostruzione è sempre di G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 52 ss., per il quale "l'inerenza attuale a un suolo (o meglio la titolarità attuale di una situazione giuridica soggettiva che ne consenta lo sfruttamento edificatorio) è requisito imprescindibile per la realizzazione, ma non per la circolazione dei diritti edificatori. Questo è il profilo di autentica novità (o, se si vuole, qui si consuma la vera rottura) rispetto alla dogmatica degli strumenti traslativi: il trasferimento del diritto edificatorio (che pure sembra potersi qualificare reale) non è trasferimento di aspettativa, e dunque rientra nello schema di differimento di efficacia, ma produce l'acquisto immediato della situazione giuridica, pur in difetto attuale del substrato materiale su cui essa potrà esercitarsi. Resta ferma, tuttavia, la circostanza che l'interesse protetto non potrà realizzarsi, se non in presenza della disponibilità di un suolo edificabile".



è un elemento costitutivo della realtà di un diritto; pertanto, senza di essa il diritto reale non potrebbe proprio ipotizzarsi<sup>212</sup>.

È stato, inoltre, al riguardo segnalato come una lettura della fattispecie così condotta abbia maggiore vigore proprio a seguito della recente modifica normativa e che, per altro verso, la ricostruzione del diritto edificatorio quale bene risenta di una difettosa prospettiva storica, ormai superata in base al recente dato positivo. Secondo tale impostazione, infatti, dato per presupposto un interesse pacificamente meritevole di tutela - quale la circolazione dei crediti edificatori mediante l'accesso ad un sistema pubblicitario affidabile - l'assenza di una specifica norma imponeva la ricerca di una ricostruzione dogmatica della volumetria quale "bene giuridico" in sé, idonea ad impedire la violazione del principio del *numerus clausus*<sup>213</sup> dei diritti reali. Un tale sforzo di ricerca e di

---

<sup>212</sup> Osserva, in senso critico, F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, in *Gius. civ.*, 2012, p. 120, che la situazione nella quale si troverebbe il titolare di un diritto edificatorio in volo è non già quella di un titolare di un diritto non esercitabile, bensì quella di un titolare di una mera aspettativa di acquisto, non diversamente dall'acquirente di cosa futura, il quale, prima della venuta ad esistenza della cosa, è titolare di una mera aspettativa di diritto, onde l'acquisto del diritto reale è eventuale - comunque differito e non retroattivo - e sarebbe proprio tale irretroattività a rendere impossibile la pur prospettata assimilazione tra aspettativa di acquisto e titolarità di un diritto non esercitabile.

<sup>213</sup> Di tal guisa, prima della Novella al codice, G. RIZZI, *I crediti edilizi: l'esperienza della Legge Regione Veneto n. 11 del 2004*, cit., p. 12 ss., il quale, partendo dall'analisi della disciplina dei crediti edilizi nella regione Veneto, cerca di delineare la natura giuridica del credito edificatorio, giungendo, in primo luogo, ad escludere che possa trattarsi di un diritto reale tipico, vista la non riconducibilità ad alcuna figura, compresa quella della servitù - come accaduto nell'ipotesi di cessione di cubatura fra fondi contigui -, considerata l'autonoma circolazione del credito, senza alcuna inerenza materiale ad un suolo. L'Autore esclude, altresì, possa trattarsi di un diritto di natura esclusivamente obbligatoria - benché la prestazione cui ha diritto il titolare del credito sia suscettibile di valutazione economica - in ragione di due indiscussi profili di realtà riguardanti l'esistenza del credito edilizio, condizionata alla titolarità di un diritto di proprietà o altro diritto reale su un terreno, e la sua realizzazione, che presuppone un determinato fondo edificabile. L'A. sembra propendere, però, per la qualificazione del credito edilizio come diritto reale atipico, non ritenendo di impedimento il principio del numero chiuso dei diritti reali nella misura in cui esso è formalmente salvo allorché una determinata figura disciplinata dal legislatore, senza essere qualificata come reale, possa invece vedersi attribuita tale natura a seguito di una attività di interpretazione sistematica. Non sfugge, tuttavia, come, diversamente dalle ipotesi portate ad esempio dallo stesso A., riguardanti norme codicistiche relative a diritti reali nominati, il credito edilizio trovi la propria disciplina nella legislazione regionale, che non ha competenza in materia di ordinamento civile e dunque pure inidonea ad istituire una nuova figura di diritto reale. Né sembra utile il richiamo a quella giurisprudenza di Cassazione che, con riguardo alla figura "analoga" del trasferimento di cubatura, ne ha proposto la qualificazione in termini di diritto reale immobiliare, in ragione dei già illustrati limiti di quella impostazione, mossa peraltro da ragioni di imposizione fiscale (v., più ampiamente, *supra*, Cap. I, § 1).

interpretazione sarebbe oggi del tutto inutile, qualificando i diritti edificatori in termini di realtà.

È proprio questa l'obiezione avanzata da chi, facendo leva sul dato della nuova formulazione normativa, ha riproposto l'idea del diritto edificatorio come diritto reale non più atipico - in quanto previsto dal legislatore - la cui misura dovrebbe essere espressa proprio dalla volumetria<sup>214</sup>.

Secondo tale opinione, oltre al ricorso al dato letterale, il nuovo n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c., andrebbe letto in combinato disposto con il numero 3 della stessa disposizione, là dove si fa riferimento alla trascrizione nei Registri immobiliari dei contratti, che "costituiscono la comunione sui diritti menzionati nei numeri precedenti", fenomeno normativamente riferibile proprio alla proprietà e agli altri diritti reali. Si tratterebbe, infatti, di un diritto reale e tipico proprio per effetto di due considerazioni: in primo luogo, se la volumetria fosse realmente un bene, non sarebbe stata affatto necessaria l'autonoma previsione del n. 2-*bis*, ma sarebbe semplicemente stato sufficiente ricondurre lo stesso ad una situazione giuridica tipica, quale il diritto di proprietà. In secondo luogo, la conferma in positivo di una tale impostazione discenderebbe dall'evoluzione della norma in sede di conversione, mediante la previsione normativa del contratto costitutivo del diritto edificatorio. Previsione, dunque, che, secondo qualche interprete, alluderebbe proprio al contratto a effetto costitutivo-attributivo, con il quale il proprietario costituisce *ex novo* tale diritto e lo attribuisce ad un soggetto affinché lo

---

<sup>214</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori*, cit., p. 47. In senso critico si è osservato (F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 124) come la collocazione di una norma non possa considerarsi argomento decisivo, portando ad esempio proprio il mancato coordinamento della nuova disposizione con l'art. 2645 bis c.c., che disciplina la trascrizione del preliminare limitatamente ai contratti di cui ai nn. 1, 2, 3, 4 e cioè ai contratti di circolazione dei diritti reali, norma che non risulta emendata però, con il rinvio all'art. 2643, n. 2 bis. Si allude, evidentemente, al problema della trascrivibilità dei contratti preliminari di trasferimento della cubatura, determinato da un difettoso coordinamento dispositivo. Sembrerebbe, infatti, che, pur potendo essere stipulati, questi contratti non possano trovare emersione pubblicitaria, considerato, peraltro, il carattere tassativo della enunciazione numerica contenuta nell'*incipit* della disposizione dell'art. 2645 bis c.c., che non potrebbe superarsi neppure facendo riferimento alla disciplina degli immobili da costruire, complice la diversità con la vicenda dei diritti edificatori.

eserciti su un altro bene, mentre i suoi successivi trasferimenti sarebbero ricompresi nella vicenda traslativa<sup>215</sup>.

In tal modo, però, il diritto edificatorio, sebbene diritto reale, sarebbe inspiegabilmente attribuito ad una determinata persona e non costituito su di un fondo, sicché potrebbe circolare, essendo consentito all'acquirente sia di utilizzarlo su un terreno di sua proprietà, sia di alienarlo a terzi<sup>216</sup>.

Tuttavia, ai fautori della suddetta tesi resterebbe ancora da spiegare in che modo un diritto qualificato come reale possa essere acquistato da un soggetto nella cui sfera giuridica potrebbe eventualmente mancare un bene idoneo alla sua realizzazione; invero, sempre secondo tale opinione, alle medesime difficoltà andrebbe incontro anche la teoria che identifica nella cubatura un bene autonomo, poiché la “proprietà della volumetria” non potrà mai diventare proprietà di una *res* edificata, se non in quanto quell'acquirente disponga di un suolo su cui costruire<sup>217</sup>.

Il vero limite, pertanto, di ogni ricostruzione che conduce al risultato delineato, sarebbe rappresentato dal c.d. diritto *in volo*.

In realtà, si è diversamente osservato che la volumetria è da considerarsi nei termini di “*bene in sé*” proprio perché è giuridicamente del tutto indipendente dalla realizzazione di un fabbricato futuro, edificato in forza di essa cubatura: si pensi, ad esempio, non solo all'ipotesi in cui il titolare non voglia realizzarlo, ma anche al caso in cui, per effetto di modifiche normative (nazionali, regionali semplicemente di piano), successive all'origine dei diritti edificatori o al loro

---

<sup>215</sup> Così G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 49, il quale, tuttavia, parla successivamente di «circolazione a titolo derivativo (o se si vuole costitutivo-derivativo)». Richiama una vicenda derivativo-costitutiva del diritto edificatorio anche A. BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012, p. 172.

<sup>216</sup> È in questi termini che si pone in rilievo la differenza fra tale vicenda e quella derivativo costitutiva della servitù prediale (art. 2643, n. 4, c.c.), precisando come il diritto edificatorio, sebbene diritto reale, sia attribuito “ad una determinata persona, piuttosto che vincolato ad un determinato fondo dominante”, sicché sarebbe consentito all'acquirente di disporne, sia utilizzandolo a beneficio di un qualsiasi terreno di sua proprietà, sia alienandolo a terzi (così, G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori, (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in [www.gaetanopetrelli.it](http://www.gaetanopetrelli.it)). In tal modo si giustificherebbe, oltre alla vicenda costitutiva e modificativa, quella traslativa di un diritto che attribuirebbe una *utilitas* positiva al titolare e non, come la servitù, un vantaggio ad un fondo chiunque ne sia il proprietario.

<sup>217</sup> In questi termini, G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 427.

trasferimento all'attuale titolare, la capacità edificatoria venga ridotta o addirittura del tutto annullata, ponendo seri problemi evizionali.

In quest'ottica, il bene cubatura non subisce alcuna mutazione genetica o fisiologica se è incorporato ad un'area o a un fabbricato, o se è *in volo*: questo infatti costituirebbe proprio il limite della impostazione che qualifica la fattispecie quale diritto reale, trovandosi inevitabilmente a dover rintracciare un bene che forma oggetto del diritto stesso. È indubbio, però, sul versante logico-ricostruttivo, che la fattispecie dei diritti edificatori non possa assumere connotazioni diverse a seconda che sia o che non sia *in volo* e che sia originata, o meno, da un fondo. Né è parso corretto escludere la qualificazione del diritto edificatorio come diritto reale in ragione della irrealizzabilità della trascrizione, in quanto ciò equivarrebbe ad assegnare alla trascrizione una funzione costitutiva della realtà di un diritto, che essa non ha<sup>218</sup>.

Chi propone la tesi diretta a privilegiare la figura del diritto soggettivo e a qualificare il trasferimento di volumetria come contratto traslativo di un diritto reale sostiene che sarebbe proprio la presunta incompletezza della pubblicità, in particolar modo dei provvedimenti modificativi o estintivi del diritto atti ad incidere sulla legittimazione del *tradens* a rappresentare un ostacolo all'effettivo funzionamento di un mercato dei diritti reali edificatori, il cui primo presupposto dovrebbe essere, invece, quello di garantire al cessionario che il cedente sia effettivamente titolare del diritto trasferito<sup>219</sup>.

Non sembra, peraltro, possa essere propriamente ed efficacemente richiamata la formula del diritto di godimento su cosa altrui, il quale si costituisce e si esercita sempre su di un medesimo bene, in modo non originario ma derivativo, dipendendo la sua legittimità da quella del diritto di proprietà sul bene stesso, atteso che, in tal caso, sarebbe necessario che il bene, su cui il nuovo

---

<sup>218</sup> La critica alla costruzione del diritto edificatorio quale diritto reale immobiliare, oltre a sottolineare le numerose anomalie che lo caratterizzerebbero, a partire da quello, più evidente, della «inerenza virtuale» in caso di "volo", riflette sulla impossibilità di *reductio ad unum* propria del tipo, determinata dalle ricorrenti eccezioni rispetto alle regole generali e anche rispetto all'ipotetica singola disciplina, come, ad esempio, in tema di pignoramento e ipoteca, nonché di usucapione (F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 122 ss.).

<sup>219</sup> In questi termini, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 104 ss.

diritto dovesse esercitarsi, fosse oggetto di una concorrente proprietà (nuda) altrui, laddove il diritto edificatorio nasce e si esercita su due beni distinti.

Non manca, infatti, al riguardo, chi sottolinea tale difficoltà di qualificazione, precisando che, se, da un lato, il diritto edificatorio è costituito dal proprietario, creando in tal modo un nuovo diritto che viene a concorrere sullo stesso bene con la proprietà - come accade per i diritti di godimento su cosa altrui - dall'altro, esso si realizza nella edificazione su un fondo del quale è proprietario il titolare del diritto edificatorio, onde può considerarsi non già *in re aliena*, ma *in re propria*<sup>220</sup>. Viene a tal proposito definito come «un diritto a metà strada fra proprietà e diritto di superficie»<sup>221</sup>, richiamando in tal modo lo schema della superficie al fine di ricostruire il contenuto della situazione giuridica, con il conseguente distacco di una facoltà inerente il dominio e la sua elevazione a diritto a sé stante. In particolare, si è ritenuto che il diritto edificatorio ha alcune facoltà tipiche del diritto di proprietà ma non ha, invece, il fondo di inerenza che, nella cessione di cubatura, assume rilievo solo per determinare la nascita e la spendita del diritto medesimo; viceversa, della superficie - nei termini di diritto di fare e mantenere una costruzione al di sopra del suolo - il diritto edificatorio ha solo l'aspetto relativo al diritto di fare ma non anche a quello del mantenere che è, invece, legato alla titolarità di un terreno sul quale il diritto possa essere speso. In questa prospettiva, tesa a qualificare il diritto in esame non in termini di bene che può costituire oggetto di diritti, ma come nuovo diritto reale espressamente previsto dal legislatore, si è giunti ad affermare che il diritto edificatorio rappresenta il diritto di fare una costruzione, distinto ed autonomo rispetto ad essa e come tale liberamente circolabile, per la cui effettuazione, tuttavia, occorrerà il consolidamento con il diritto di proprietà di un suolo suscettibile - secondo le previsioni di piano - di essere edificato.

A ben riflettere, e aderendo alla impostazione contraria sopra richiamata, si tratterebbe di una facoltà della stessa proprietà, che andrebbe a costituire il contenuto di un diritto reale autonomo, il quale, però, diversamente dalla

---

<sup>220</sup> F.P. TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale*, relazione al Convegno svoltosi a Rimini il 17 settembre 2011, su “Il trasferimento dei diritti edificatori: profili civilistici e bancari”.

<sup>221</sup> L'espressione è di L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, in [www.wikijus.it](http://www.wikijus.it).

superficie, potrebbe essere esercitato su cosa propria e non altrui, sicché quest'ultimo diritto non può essere utilmente richiamato.

È, quindi, proprio in termini ricostruttivi che si delinea la maggiore difficoltà, giacché, in quest'ottica, il diritto edificatorio, una volta sorto sul fondo cui inerisce, potrebbe circolare per poi essere esercitato su un terreno edificabile altrui ed estinguersi, una volta costruito l'edificio, per effetto dell'acquisto della proprietà dell'opera, in virtù del principio dell'accessione al suolo, da parte del proprietario del terreno. Tale conclusione sembra condurre “all'inevitabile tramonto di una figura, il diritto edificatorio, pensato come diritto autonomo da quello di proprietà, ma destinato a esaurirsi una volta esercitato, giacché la costruzione verrebbe acquisita per accessione dal proprietario del fondo”.

In conclusione, secondo tale tesi, il nuovo n. 2-*bis* del 2643 costituirebbe la tipizzazione di un contratto e il riconoscimento di un nuovo diritto reale.

Più precisamente, il trasferimento dei diritti edificatori potrebbe essere qualificato nei termini di un contratto consensuale avente a oggetto il trasferimento di un diritto reale, che ha come contenuto lo sfruttamento edificatorio - in misura quantitativamente predeterminata - del suolo. Le difficoltà di una tale impostazione sorgono, come è evidente, laddove è logicamente obbligata ad affermare che la vicenda costitutivo-realizzativa del diritto previsto dalla nuova disposizione si svolge in relazione a due beni distinti, con evidente «deviazione dal paradigma tradizionale, in cui il diritto (anche su cosa altrui) nasce e si esercita con riferimento allo stesso bene», nonché laddove afferma che l'inerenza al bene su cui il diritto deve esercitarsi potrà mancare nell'ipotesi di diritti edificatori creati *ab origine*, ossia svincolati da un legame con un fondo sorgente, diritti ai quali proprio il nuovo termine “costituiscono” - posto appunto dopo il termine “trasferiscono”, impiegato dal legislatore nella stesura del testo adottato in occasione del decreto legge, prima della conversione - sembrerebbe, invece, alludere.

Non si pone, quindi, solo un problema di irrealizzabilità tecnica di una trascrizione non riferita direttamente a un immobile, ma, al contrario, proprio di definizione tecnica della stessa, come emerge dall'attesa dell'intervento di un

decreto attuativo del numero 2-*bis*. È la norma a prevedere, infatti, la trascrizione nei Registri immobiliari degli atti di trasferimento aventi ad oggetto la cubatura *in volo*. È perciò evidente, si ribadisce, che la locuzione “diritti edificatori” non possa assumere colorazioni diverse dal punto di vista tecnico se è *in volo*, se sorge, se atterra o se non è originata, ma è sempre eguale a sé stessa in ogni diversa ipotesi: anzi, è proprio questa la novità vera della nuova disposizione, che omologa dal punto di vista della pubblicità i diritti edificatori comunque denominati, siano essi previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale.

### 3.2 La teoria della cubatura quale bene. Analisi critica della costruzione della volumetria edificabile nei termini di bene immateriale.

La difficoltà maggiore nell'ammettere che la cubatura possa formare oggetto di diritti è legata alla impossibilità di immaginare che lo spazio aereo connesso alla proprietà del suolo possa essere oggetto di diritti separatamente dalla proprietà dello stesso<sup>222</sup>. Oggetto di diritti e, quindi, oggetto di trasferimento può essere

---

<sup>222</sup> Sul punto, M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., p. 671 e P. URBANI, *Conformazione della proprietà diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, cit., p. 908.

Il dibattito in ordine alla possibile configurazione dello spazio aereo sovrastante il suolo come *res* oggetto del diritto di proprietà nasce dalla formula dell'art. 440 del codice civile del 1865 (“Chi ha la proprietà del suolo ha pur quella dello spazio sovrastante”), che agevolò la lettura secondo la quale lo spazio era, come autonomo oggetto di diritto di proprietà, una cosa [riferimenti in S. PUGLIATTI, *Cosa (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 36. L'orientamento incline ad ammettere l'esistenza di una proprietà dello spazio, in modo fedele all'enunciato del codice, fu espresso, pure da N. COVIELLO, *Della superficie considerata anche in rapporto al sottosuolo*, in *Arch. giur.*, 49, 1892, p. 3 ss.]. Lettura, questa, che nasceva, peraltro, proprio dall'esigenza di legittimare, in mancanza di una disciplina del diritto di superficie, la diffusa prassi delle concessioni *ad aedificandum*, che dovevano allora intendersi come trasferimenti dello spazio aereo sovrastante il suolo. Il dibattito in merito alla raffigurazione dello spazio aereo come cosa oggetto di autonomo diritto di proprietà giunse, però, alla conclusione che una siffatta tesi dovesse essere respinta. La critica si basava sull'argomentazione che cosa corporale oggetto di proprietà possa essere ciò che occupa lo spazio, ma non lo spazio in sé, quale entità determinabile come mero concetto di relazione. Lo spazio e il tempo, pur arrecando una oggettiva utilità all'uomo, nel senso che «l'azione umana è estensibile nello spazio e nel tempo», non sono per questo idonei a divenire cose oggetto di proprietà separata (così S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 38; negano l'esistenza di una proprietà dello spazio, G. PUGLIESE, *La superficie*, cit., p. 510 e B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di G. Vassalli, IV, Torino, 1953). Ripercorre le origini e i termini del dibattito circa la condizione giuridica dello spazio aereo, sotto il vigore del codice del 1865, A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, cit., p. 53 ss. Più recentemente, la dottrina ha confermato la conclusione negativa in merito alla configurabilità dello spazio sovrastante

solo la porzione di materia, la *res corporalis*, mentre lo spazio, nella sua accezione materiale, non è una cosa, bensì il luogo in cui sono esercitati i diritti<sup>223</sup>. Tra l'altro, la soluzione dello spazio aereo come oggetto di autonomo diritto di proprietà non sembra possa essere utilmente riproposta di fronte al problema, marcatamente differente, dei trasferimenti dei diritti edificatori<sup>224</sup>.

Diventa difficile inquadrare la fattispecie anche alla luce dell'art. 801 c.c., secondo il quale «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti», per cui tale disposizione offrirebbe un criterio di qualificazione solo per quei beni definibili «cose». Le cose, per potere costituire oggetto di rapporti giuridici,

---

quale oggetto di un autonomo diritto di proprietà, osservando come sopra il fondo vi sia solo l'aria, bene comune insuscettibile di appartenenza: sull'argomento, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 209.

<sup>223</sup> In questi termini, M. LEO, *op. cit.*, p. 671, il quale osserva come la scelta normativa del legislatore del 1942 permetta di attribuire al termine cosa il significato di porzione materiale o ideale, ma determinata del mondo esteriore che diviene bene in senso giuridico proprio nel momento in cui è idonea ad adempiere una certa funzione economica.

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità è intervenuta con alcune sentenze, di cui una a sezioni unite, con le quali, se, da un lato, ha escluso che lo spazio sovrastante il suolo possa essere considerato un bene suscettibile di autonomo diritto di proprietà e dunque di autonoma disposizione (Cass., Sez. un., 4 maggio 1989, n. 2084, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1536, che ha dichiarato nulla la donazione della proprietà o della nuda proprietà, con riserva di usufrutto, della colonna d'aria sovrastante il fondo del donante), tuttavia, dall'altro, ha precisato che la proprietà si estende allo spazio aereo sovrastante (Cass., 21 ottobre 1991, n. 11117, in *Mass. giust. civ.*, 1991, p. 10) appartenente al proprietario del fondo (Cass., 1 marzo 1994, n. 2017, in *Mass. giust. civ.*, 1994, p. 231), il quale, in quanto anche possessore, è legittimato a chiedere la tutela della situazione di fatto con azioni di reintegrazione o di manutenzione (Cass., 16 giugno 2005, n. 12880, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 569). Nonostante il silenzio serbato dal legislatore, deve pertanto concludersi che la proprietà del fondo si estende anche allo spazio aereo sovrastante il suolo, senza il quale la piena utilizzazione del fondo non sarebbe attuabile, né concepibile (cfr. F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, III, Bologna-Roma, 1957, p. 152; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 211), ma l'area sovrastante il suolo, quale parte necessariamente connessa con esso, non è un bene a sé stante di cui si possa autonomamente disporre (C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 212). In questo senso, come sottolinea A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, 2012, p. 134, il principio di accessione normalmente cancella l'autonomia delle utilità derivanti dal godimento dello spazio aereo sovrastante il suolo rispetto a quest'ultimo, salvo deroghe pattizie, nel qual caso sarà il negozio istitutivo della deroga a identificare la risorsa che si vuole separare dal suolo, come accade nell'ipotesi di costituzione del diritto di superficie. Vi sono ipotesi, poi, quale quella degli standards o indici plano-volumetrici che istituiscono un rapporto tra volumetrie edificabili e superficie disponibile, in cui non opera tale meccanismo di accessione.

<sup>224</sup> Osserva A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, cit., p. 9, come il tema dei diritti edificatori si proponga in modo diverso rispetto a quello della proprietà della colonna d'aria sovrastante il fondo, là dove il nodo problematico è quello dei limiti entro i quali il proprietario può esercitare il proprio diritto nello spazio sovrastante, in rapporto ai terzi, e dei criteri di composizione dei conflitti di interessi (C. TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, cit., p. 424), mentre nel contesto dei diritti edificatori il punto cruciale attiene non già allo *jus excludendi*, ma allo *jus fruendi*.



debbono essere beni: «ciò vuol dire che debbono essere utili, atte a soddisfare un bisogno umano, senza di che mancherebbe persino l'interesse giuridicamente tutelabile»<sup>225</sup>; ed il bene costituisce, insomma, l'oggetto del diritto soggettivo<sup>226</sup>.

Tuttavia, il richiamo all'art. 801 c.c. per la dottrina che immagina la cubatura come bene non sembra essere insuperabile in quanto, si argomenta, certe cose non sono dei beni in senso giuridico perché non possono essere oggetto di diritto, ma, ciò non vuol dire che tutto ciò che è bene in senso giuridico debba per forza appartenere alla categoria delle cose<sup>227</sup>.

In realtà, il concetto di “bene” è più ampio del concetto di “cosa”, comprendendo in esso non solo le cose materiali o corporali, ma anche quelle entità immateriali o ideali che, pur non essendo cose, sono idonee a formare oggetto di diritti, per la soddisfazione degli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico.

Resterebbe, poi, da chiarire se, qualificata la cubatura come bene astrattamente idoneo a formare oggetto di diritto e, quindi, di per sé trasferibile, la situazione giuridica della quale formi oggetto possa essere ricondotta tra quelle reali o tra quelle personali<sup>228</sup>, laddove, appunto, si riuscisse naturalmente ad attribuire ad essa una reale autonomia – dal punto di vista giuridico – rispetto al bene immobile al quale inerisce.

In primo luogo è necessario chiarire che la cubatura si esprime con il riferimento ai metri cubi di costruzione edificabili per ogni metro quadrato di estensione del terreno; pertanto, se essa non è qualificabile come bene in senso tecnico giuridico, rappresenta certamente almeno un'utilità oggettiva del lotto, suscettibile di valutazione economica, espresso tecnicamente dal rapporto matematico ed

---

<sup>225</sup> L'espressione è di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 55, il quale aggiunge che i beni devono poi essere suscettibili di appropriazione, atteso che un bisogno umano quale l'aria e l'acqua fluente, proprio perché comune a tutti, non può formare oggetto di rapporto giuridico.

<sup>226</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, cit., p. 50.

<sup>227</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 55.

<sup>228</sup> Secondo F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 56, la proprietà e gli altri diritti reali hanno ad oggetto una porzione della materia e si distinguono dagli altri diritti soggettivi appunto per il fatto che “pur indicando, come ogni altro diritto, una relazione fra soggetti, investono direttamente la res” tanto che la generalità dei consociati soggiace ad un obbligo secondario di astensione. L'oggetto degli altri diritti è invece non una cosa ma un comportamento del soggetto passivo (come nel diritto di credito) o del soggetto attivo (come nel diritto potestativo), anche se serve per procurare una cosa.

ingegneristico così individuato. Il rapporto matematico, insomma, è “l’unità di misura della cubatura che, in quanto tale, è in sé stessa bene in senso giuridico e non esso stesso un sinonimo della volumetria, ed il bene-cubatura, in quanto tale è un elemento idoneo a formare oggetto di diritto”<sup>229</sup>.

Non si è tuttavia mancato di rilevare, in senso critico, che allorquando si discorre di utilità economica, riferendosi alla cubatura, si individuano, nei termini suddetti, le dimensioni che la futura costruzione dovrà rispettare, sicché sarebbe sterile la distinzione proposta fra la cubatura quale bene avente un'utilità economica e la misura della cubatura rappresentata dal rapporto matematico tra i metri quadri di superficie del terreno e i metri cubi di costruzione edificabili sullo stesso<sup>230</sup>. Infatti, in questa prospettiva, la cubatura va qualificata non come bene autonomo, ma come la misura dell'interesse legittimo del proprietario di un fondo edificabile a ottenere quel dato provvedimento amministrativo che autorizza una determinata edificabilità, eventualmente maggiorata<sup>231</sup>.

È stato sostenuto, sviluppando i contributi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza già anteriori alla riforma del 2011, che la volumetria costituisca una *res*<sup>232</sup>. Tuttavia, le differenti costruzioni proposte dai cd. reificatori della cubatura sollevano talune perplessità e obiezioni in termini concettuali.

In particolare, la fattispecie è stata ricostruita alla luce dell'inciso del comma 3 dell'art. 5 della legge n. 106 del 2011 che ha introdotto il meccanismo della pubblicità nei Registri immobiliari per il nuovo contratto di cessione dei diritti

---

<sup>229</sup> L'espressione è di G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 430 ss., il quale rileva come al pari della altre unità di misura, il rapporto matematico tra i metri quadrati di superficie del lotto e i metri cubi di costruzione edificabili sul medesimo è la misura della cubatura e non la cubatura essa stessa. Solo superando un tale equivoco, secondo l'Autore, è possibile affermare che la cubatura è essa stessa bene in senso giuridico.

<sup>230</sup> In tal senso, F. GAZZONI, *Cessione di cubatura*, cit., p. 103 ss., e ivi per una più ampia analisi critica della tesi sulla reificazione della cubatura. La differenza fra la cubatura quale bene e la misura della cubatura stessa è in G. TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 436, per il quale «il rapporto matematico, insomma, è l'unità di misura della cubatura che in quanto tale è in sé stessa bene in senso giuridico e non esso stesso un sinonimo della volumetria ed il bene cubatura, in quanto tale, è un elemento idoneo a formare oggetto di diritto».

<sup>231</sup> In questi termini, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 93 ss.

<sup>232</sup> Di recente, A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 126 ss.; nonché E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori*, in *Il Corriere del merito*, 2012, II, p. 119.

edificatori, tipizzato allo scopo di «garantire certezza nella circolazione dei diritti».

Si è ribadito - contrariamente all'opinione di coloro che in tale assunto vedono un limite della posizione dottrinarica - che è proprio lo studio della prospettiva storica a condurre alla qualificazione della volumetria quale bene: la trascrizione è, infatti, funzionale ad un meccanismo di circolazione che abbia il canone della certezza, principio che l'assenza di un intervento normativo rendeva, invece, estremamente difficoltoso. Non si trattava, infatti, soltanto di ammettere semplicemente un tale ingresso per le operazioni di programmazione urbanistica ad opera dei privati, ricondotte ormai pacificamente, secondo lo schema maggioritario, alla *servitus altius non tollendi o inaedificandi*, ma di trovare piuttosto delle soluzioni tecnico giuridiche che realizzassero tale obiettivo, indipendentemente dall'ambito generativo della cubatura. L'esigenza di regole sicure di circolazione veniva avvertita, in altri termini, non solo in relazione ad un'ipotesi di tipo tradizionale quale appunto è la micropianificazione urbanistica, ma anche in ipotesi in cui vi sia il ricorso a meccanismi perequativi, compensativi ed incentivanti.

Inoltre, l'introduzione dell'obbligatorietà della trascrizione per la realizzazione degli effetti di cui all'art. 2644 c.c. in tutte le ipotesi di cessione di cubatura, quale sia la fonte o il contenuto di un tale bene, comunque siano essi denominati, consente di superare tutte le opinioni in ordine qualificazione delle operazioni di cubatura anteriori alla riforma, tale da consentire l'emersione pubblicitaria di tali atti.

Il segno dell'evoluzione del pensiero giuridico sul punto urterebbe, poi, con il principio del numero chiuso dei diritti reali, non costituendo la cubatura un diritto<sup>233</sup>, bensì un bene in sé, bene, dotato di una sua apprezzabilità economica,

---

<sup>233</sup> Tale opinione è stata sostenuta da G. RIZZI, *I crediti edilizi: l'esperienza della Legge Regione Veneto n. 11 del 2004*, cit., p. 12, il quale elabora talune conclusioni in ordine alla definizione della natura giuridica della fattispecie, come meglio spiegato alla nota 89 del paragrafo 3.1 del presente capitolo.

che può costituire oggetto di accordo tra privati ed in particolare oggetto di diritti reali<sup>234</sup>.

Si tratterebbe in specie di un “bene immateriale di origine immobiliare”<sup>235</sup>, certamente lecito e possibile e comunque astrattamente dotato delle caratteristiche di cui all’art. 1346 c.c., e quindi determinato o determinabile. Nessun ostacolo si frapporrebbe, in tal caso, ad ammettere che la volumetria possa essere intesa quale bene autonomo in senso economico e, di conseguenza, possa costituire oggetto di diritto reali, qualsiasi forma e struttura abbia assunto il negozio<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> F. PATTI - F. RUSSO, *op. cit.*, p. 1686, i quali distinguono il caso della concentrazione di cubatura, dal caso della cessione in senso tecnico nel quale oggetto del trasferimento è la cubatura in sé, quale autonomo oggetto del rapporto tra le parti, al quale si accompagna una servitù di non edificazione corrispondente alla misura di volumetria rinunciata dal cedente. Gli Autori sottolineano poi che la cessione di cubatura costituisce un’indubbia operazione socialmente utile, in grado di soddisfare variegati interessi pubblici e privati. Nello stesso senso di recente R. CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, cit., p. 422, il quale sostiene che non vi è alcun conflitto tra cubatura e principio del numero chiuso dei diritti reali; la cubatura infatti non è un diritto ma l’oggetto di esso: «è il bene giuridico economicamente apprezzabile che può formare oggetto di un diritto reale ovvero di un rapporto obbligatorio». Secondo P. URBANI, *Conformazione della proprietà diritti edificatori e moduli di destinazione d’uso dei suoli*, cit., p. 908, l’impossibilità di qualificare il diritto edificatorio come diritto reale, sganciato dalla proprietà dell’area, per la tipicità di essi, ha condotto a valutare la fattispecie «in termini di bene immateriale e si è coniata la formula del credito edilizio o volumetrico ricorrendo in luogo del contratto di trasferimento della volumetria al contratto con effetti obbligatori»; creditore sarebbe il privato titolare del diritto edificatorio, debitrice l’amministrazione comunale tenuta ad adempiere l’obbligazione; può, invero, obiettarsi a tale ultima impostazione che la reificazione dei diritti edificatori importa la loro soggezione ad un diritto soggettivo (reale o di credito), restando piuttosto sempre qualificabile come interesse legittimo la posizione nei confronti della pubblica amministrazione. In tal modo non si urta alcuno dei principi portanti del nostro ordinamento giuridico. La configurazione che si accoglie permette di escludere che i contenziosi tra privati possano coinvolgere la pubblica amministrazione, che è e resta arbitro della moneta urbanistica. Sulla questione del numero chiuso, diffusamente anche C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 133 e ss.

<sup>235</sup> L’espressione è di G. TRAPANI, *Normative speciali*, cit., p. 421 ss. L’espressione «bene immateriale di origine immobiliare» sembrerebbe indicare una scissione di beni di cose unite, di cui una immobile e l’altra verosimilmente mobile, come del resto implicitamente dimostra l’esempio addotto dallo stesso riguardante i frutti naturali separati dagli alberi.

Secondo un’autorevole opinione - S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, pubblicato nel volume *Scritti giuridici*, vol. IV, 1958-1964, Milano, 2011, p. 620 - “mentre il suolo è immobile per sé, la fabbrica è immobile in quanto costituisca *accessorio* del suolo”; i beni immobili sono, in altre parole, tali per effetto dell’accessione, in virtù di un legame che opera finché non venga sciolto. La qualità immobiliare discende dall’incorporazione naturale o artificiale rispetto al suolo e si verifica allorché la cosa mobile “faccia corpo al suolo” e “si immedesima con esso, formando un tutto inseparabile senza danno”. Il termine immobile, secondo tale impostazione, usato in senso proprio, serve per distinguere una classe di beni; in senso improprio, «vale solo ad indicare il rapporto di accessione tra una cosa e l’altra»: in quest’ottica, dunque, alcune cose mobili sono immobili in relazione al loro rapporto con altre, proprio perché non si possono considerare disgiunte da queste.

<sup>236</sup> Tuttavia, si è giustamente osservato come la definizione di bene immateriale sembri alludere all’idea di un bene sì autonomo, ma pur sempre collegato con il terreno, in modo tale che il fondo

Ulteriore conferma di una siffatta soluzione è stata rinvenuta nella ricostruzione tecnico - giuridica di alcune fattispecie del tutto speculari alle operazioni aventi ad oggetto i diritti edificatori.

Il primo esempio è offerto dalle cd. “quote latte”: nel contesto della disciplina emanata in applicazione delle normativa comunitaria avente ad oggetto la regolazione delle quote della produzione del latte bovino assegnate a ciascun produttore, la titolarità di essa compete al produttore nella sua qualità di conduttore dell’azienda agricola, salve diverse pattuizioni tra le parti (art. 10, comma 1, della Legge 26 novembre 1992, n. 468); il secondo comma della stessa disposizione prevede, poi, che il conduttore possa cedere o affittare totalmente o parzialmente, anche per singole annate, la quota latte senza alienare l’azienda agricola, a condizione che l’azienda del produttore cessionario sia ubicata nella medesima regione e si trovi in un territorio della medesima categoria. La quota latte è, sulla base dell’impianto normativo citato, un bene immateriale, incorporale, collegato all’azienda dell’allevatore e non più al terreno. Si tratta, insomma, di un bene oggetto di una specifica tutela giuridica, la cui disposizione da parte del rispettivo titolare, è ricostruita dalla giurisprudenza europea e costituzionale<sup>237</sup> quale diritto di proprietà, che può essere dismesso in cambio di un’indennità o ceduto in tutto o in parte, definitivamente o temporaneamente a favore di un terzo in cambio di un certo prezzo.

---

edificabile sia non già l’esito del potere conformativo della proprietà spettante al Comune nell’ambito della potestà urbanistica, ma piuttosto una forma di unione di due beni distinti – il terreno e la volumetria - scindibili l’uno dall’altro, ciascuno fatto oggetto di un diritto di proprietà e, dunque, soggetto a differenti vicende circolatorie e a distinte formalità trascrittive. In questo senso, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 103.

<sup>237</sup> Il riferimento è al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale di cui alla sentenza 10-11 dicembre 1998, n. 398, in *Rep. it.*, c. 11. La quota latte è definita dal Giudice delle leggi quale un bene immateriale suscettibile di costituire l’oggetto di negozi di trasferimento separatamente dal complesso aziendale al quale inerisce. Nello stesso senso, la sentenza del 26 marzo 6 aprile 1998, n. 100, in *Rep. Foro it.*, che, in particolare, afferma che la disciplina delle quote latte non tocca e non altera in alcun modo i rapporti giuridici tra proprietario ed affittuario, a vantaggio dell’uno o dell’altro, ma concerne esclusivamente la regolamentazione dei quantitativi di produzione e la legittimazione al compimento degli atti relativi.

Altra ipotesi è il cd. “diritto al reimpianto del vitigno”<sup>238</sup>, che può esser trasferito a favore di altri viticoltori, con modalità autonome rispetto all’azienda di appartenenza originaria che siano determinate tra le parti convenzionalmente. Una tale fattispecie acquisisce in tal modo il rilievo oggettivo di un vero e proprio bene – nel significato di cui all’art. 810 cod. civ. - del tutto indipendente anch’esso rispetto al terreno di riferimento.

Ancora, a queste fattispecie espressamente richiamate dalla dottrina favorevole alla ricostruzione in esame, si aggiunge quella dei diritti all’aiuto previsti dal regolamento CE n. 1782/2003, che prevede l'erogazione di un sussidio agli agricoltori legato esclusivamente all’estensione della superficie aziendale complessivamente destinata ad attività agricola, prescindendo dalla quantità della produzione e, in linea di massima, anche dal tipo di coltivazione in essa esercitato. L’art. 46 del regolamento citato prevede espressamente la possibilità che l’agricoltore a cui tali quote sono state assegnate, in alternativa alla richiesta di pagamento, le trasferisca “unicamente ad altro agricoltore stabilito nello stesso Stato membro”; il secondo paragrafo dell’art. 46 dispone, altresì, che “i diritti all’aiuto possono essere trasferiti a titolo oneroso o mediante qualsiasi altro trasferimento definitivo, con o senza terra. L’affitto o altri tipi di cessione sono consentiti soltanto se al trasferimento dei diritti all’aiuto si accompagni il trasferimento di un numero equivalente di ettari ammissibili”.<sup>239</sup>

Non si è mancato di obiettare, però, in senso critico<sup>240</sup>, come le vicende richiamate, in particolare quella della quota latte e del reimpianto di vitigni, non siano assimilabili alla fattispecie della cessione di cubatura, proprio in ragione

---

<sup>238</sup> Si tratta di una fattispecie regolata dal regolamento del 18 febbraio 1980 n.456/80 diretto ad incentivare l’abbandono definitivo o temporaneo delle superfici vinicole, che aveva previsto a favore di coloro che sceglievano la formula dell’abbandono temporaneo, il diritto a procedere al reimpianto delle viti dopo otto campagne vitivinicole; il regolamento del 16 marzo 1987, n. 822/87, nel vietare ogni nuovo impianto di viti, stabiliva poi che il diritto al reimpianto può essere esercitato su una superficie equivalente a quella oggetto di estirpazione dello stesso fondo o del fondo altrui purché destinato alla produzione di vini di qualità prodotti in regioni determinate

<sup>239</sup> Si tratterebbe anche in questo caso, di beni immateriali, sia pure collegati ad un bene immobile. Sul punto, M. L. MATTIA, *Appunti sul regime di trasferimento dei diritti all’aiuto previsti dal regolamento CE n. 1782/2003 nell’ambito della riforma della politica agraria comune*, studio n. 2/2007, della Commissione Studi comunitari del Consiglio nazionale del Notariato approvato il 2 febbraio 2007 e pubblicato sul Notiziario il 21 maggio 2007.

<sup>240</sup> In tal senso, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 104 ss.

del fatto che la quota latte, diversamente dai diritti edificatori, non presenta alcun collegamento con il fondo, né come facoltà del relativo diritto di proprietà, né come bene, per ipotesi, ad esso unito. Più in generale, poi, in entrambe le fattispecie, “si sarebbe in presenza di atti di esercizio del diritto di impresa, i quali sono, in sé considerati, distinti e autonomi, onde la possibilità di definire il regime giuridico dei singoli beni, pur essendo collegati tra di loro in funzione della destinazione iniziale e dell'organizzazione aziendale. L'imprenditore può quindi disporre anche separatamente, senza alienare l'azienda, secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale”<sup>241</sup>. La prospettiva più corretta sarebbe, dunque, quella di atti di esercizio del diritto di impresa e dell'esistenza di limiti all'iniziativa economica privata, la cui violazione determina sanzioni pecuniarie.

La dottrina, pur ricostruendo nei termini di volta in volta sopra ricordati, la fattispecie della cessione di volumetria, senza giungere, se non occasionalmente, a qualificare quale bene in sé la cubatura stessa ha, tuttavia, sempre dimostrato, nel tempo, un atteggiamento prudente, probabilmente in attesa di un intervento, che fosse indice di un segnale di mutamento, da parte del legislatore nazionale. Il difetto di un elemento normativo nel panorama legislativo di qualsiasi rango ha indotto, poi, anche la dottrina più lungimirante, al termine di un'approfondita analisi, a discernere la circolazione del bene-cubatura dalla sua concreta fruizione: la prima, devoluta esclusivamente alla regolamentazione pattizia, la seconda, subordinata all'esito favorevole dell'attività provvedimentale della pubblica Amministrazione. Infatti, una volta configurata la cubatura come bene autonomo oggetto di diritto, si è costretti ad elaborare la suddetta distinzione, invero piuttosto artificiosa, tra il profilo della titolarità e quello della fruizione, per giungere a sostenere che il diritto edificatorio “può formare oggetto dei rapporti interprivatistici” e, contemporaneamente, atteggiarsi a “interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione, strettamente collegato al potere di quest'ultima”<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> L'espressione è sempre di F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 104.

<sup>242</sup> È quanto afferma G. TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 427.

In questa direzione, pare muoversi anche una recente impostazione<sup>243</sup>, per la quale la circolazione del bene-cubatura, pur oggettificato dal punto di vista giuridico, deve essere distinta rispetto al godimento ed allo sfruttamento di essa sul lotto beneficiato dall'attribuzione, che in ogni caso è subordinata all'esito positivo dell'iter procedimentale per il rilascio del permesso di costruire. Ebbene, secondo la dottrina così richiamata, siffatti diritti edificatori, pur costituendo la dimensione quantitativa dello *ius aedificandi*, assurgerebbero oggi, proprio a seguito dei ricordati interventi del legislatore ordinario, alla dignità di bene, inteso nel senso tecnico giuridico di cui all'art. 810 c.c., potendo ben costituire essi stessi oggetto di rapporti giuridici<sup>244</sup>.

L'idea di un bene-cubatura inerente a un fondo non sembra, peraltro, sostenibile proprio con riguardo alle ipotesi del diritto edificatorio acquistato *in volo*. L'acquisto del diritto di proprietà sul bene-cubatura, da parte di un soggetto non attualmente proprietario di un suolo, rende impossibile, infatti, la realizzazione dell'interesse che la proprietà dovrebbe assicurare. È proprio questo limite, e cioè la possibile mancanza di un elemento materiale, ovvero il terreno, idoneo alla realizzazione dell'interesse che il diritto di proprietà sulla cubatura dovrebbe garantire, ad aver spinto gli interpreti a orientarsi verso una qualificazione della cubatura nei termini di "bene immateriale". Qualificazione che, tuttavia, sembra trovare un ostacolo già nella stessa categoria di bene immateriale, là dove il diritto assoluto, pur comportandosi come un diritto reale, ne differisce profondamente in quanto non ha come termine di

---

<sup>243</sup> R. CONTI, *op. cit.*, p. 427.

<sup>244</sup> A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, cit., p. 167, da un lato, afferma che i diritti edificatori costituiscono «una situazione soggettiva attinente alla dimensione quantitativa di una facoltà insita nel diritto di proprietà», dall'altro, si limita ad aggiungere che il diritto edificatorio «riguarda un bene della vita oggetto della disciplina del potere di piano», che in mancanza di un espresso divieto, «può essere liberamente commerciabile, trattandosi di diritti personali e non reali naturalmente». Il proficuo risultato sino ad ora raggiunto parrebbe a questo punto privo di utili effetti concreti e sembrerebbe essere stato ricondotto in un alveo gravido di dubbi se si afferma che per un verso la cubatura è un bene della vita e, per altro, che essa può essere liberamente commerciabile, trattandosi di un diritto personale e non reale; in realtà, seguendo una tale impostazione dogmatica, si sovrappone il bene-cubatura al diritto che si esercita su di essa, che invero a sua volta può essere reale o personale.



riferimento oggettivo un'entità materiale, di talché l'esercizio del diritto si realizza senza alcun collegamento con essa<sup>245</sup>.

Al contrario, la cubatura è legata al terreno, a prescindere dal quale non sarebbe neppure concepibile in termini di interesse tutelato<sup>246</sup>. Del resto, seppure volesse cercarsi una delimitazione caratterizzante sul piano giuridico del concetto di bene immateriale, essa dovrebbe rinvenirsi, come tradizionalmente e autorevolmente sostenuto, nella generale essenzialità di un duplice elemento, quello dell'apporto creativo e della riproducibilità<sup>247</sup>. Di conseguenza, potrebbero essere ricomprese nella categoria in esame solo quelle entità immateriali che realizzino un apporto creativo e che siano suscettibili di essere riprodotte in un numero di esemplari indefinito, presupposti, questi, che invece difetterebbero nella fattispecie del bene immateriale cubatura<sup>248</sup>.

### *3.3 La proposta ricostruttiva in termini civilistici della cessione di cubatura quale contratto traslativo della chance edificatoria*

Prima della Novella del 2011, dunque, nonostante i molteplici distinguo in punto di ricostruzione del negozio di cessione di cubatura, due erano i filoni interpretativi che si contendevano il campo e a cui corrispondevano, in punto di trascrizione, opposte soluzioni: da un lato, chi propendeva per la realtà e, di conseguenza, riteneva che la cessione di cubatura dovesse essere trascritta;

---

<sup>245</sup> Si veda, al riguardo, la ricostruzione del concetto di bene immateriale in D. MESSINETTI, *Beni immateriali I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, Treccani, V, Roma, 1988, p. 1 ss.

<sup>246</sup> Osserva G. AMADIO, *I diritti edificatori*, cit., p. 51, che l'immaterialità è inconcepibile per un bene, la cubatura, che realizza l'interesse a edificare e dunque non può trovare realizzazione finale senza una relazione qualificata, sia essa la proprietà o altro diritto, con il bene materiale suolo.

<sup>247</sup> Sul punto, concordi, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 1960, p. 353 ss.; G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. it. sc. giur.*, IX, 1963-1967, p. 183 ss.; G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, II, 1969, p. 617 ss.; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., p. 126.

Il titolo della tutela dei beni immateriali deve essere ricercato, infatti, nella rivalutazione del lavoro intellettuale, sicché l'interesse protetto dalla legge, assicurando oggettività giuridica alle creazioni intellettuali, risulta essere quello del soggetto ad appropriarsi delle utilità che possono derivargli dall'attività di riproduzione del bene immateriale (G. OPPO, *op. cit.*, p. 183).

<sup>248</sup> In questi termini, B. MASTROPIETRO, *op. ult. cit.*, p. 95 ss.

dall'altro, chi negava tale trascrivibilità, sostenendo il carattere obbligatorio del negozio ed ipotizzando, per il caso di inadempimento, il solo rimedio risarcitorio (per non avere il cedente cooperato affinché il cessionario potesse ottenere il titolo abilitativo per una cubatura maggiore).

A seguito dell'introduzione del n. 2 bis dell'art. 2643 c.c., secondo la tesi assolutamente prevalente<sup>249</sup>, si è fornito un avallo legislativo agli orientamenti secondo i quali si sarebbe in presenza di un vincolo di carattere reale, sicché non potrebbe più negarsi che il contratto di cessione vada ora collocato tra quelli ad effetti reali e non più obbligatori.

Se ciò è pacifico, allora, si tratta di comprendere quale sia la situazione giuridica che circola, al fine di verificare se, nell'ambito dell'orientamento a base negoziale, vi sia una ricostruzione, tra quelle descritte, che possa dirsi appagante ovvero se debba prospettarsi una diversa tesi.

Orbene la previsione di cui al nuovo art. 2643 n. 2 bis c.c. permette di escludere la validità delle tesi che facevano riferimento, rispettivamente, alla servitù ed al negozio di destinazione per il semplice fatto che la norma si riferisce al "trasferimento di diritti edificatori", il che è incompatibile sia con la costituzione di una servitù (tant'è che il n. 2 bis precede e non segue il n. 3), sia con la creazione di un vincolo di destinazione.

Parimenti deve escludersi la tesi secondo la quale ci si troverebbe di fronte ad un trasferimento del bene "cubatura": oltre che con l'obiezione precedentemente descritta (la cubatura non può essere considerata un bene in senso tecnico), infatti, la tesi si scontra con il dato secondo il quale, se davvero circolasse un bene, la previsione del n. 2 bis c.c. risulterebbe superflua, dato che, in punto di trascrizione, sarebbe sufficiente il richiamo ai numeri 1 o 10 dell'art. 2643 c.c.,

---

<sup>249</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 661; ID., *Cessione di cubatura*, cit., p. 101, secondo il quale "Il fatto che la potenzialità edificatoria sia senza dubbio un valore in termini economici e costituisca un vantaggio, vale solo a qualificare giuridicamente il bene terreno e quindi il regime della relativa proprietà in termini di conformazione, perché la cubatura è proprio il risultato del potere conformativo che, in materia edilizia, spetta alla legge. Come possa supporre che la conformazione di un bene dipenda dalla compresenza di altro bene non è dato comprendere, se non immaginando che il terreno edificabile sia una forma non già di cosa composta, là dove le cose semplici non possono più essere godute separatamente, ma di unione di beni, oltre tutto non mobili, e non già, semmai, di commistione, onde, magari, dovrebbe procedersi, in sede di trasferimento, ad una doppia trascrizione".

visto che si sarebbe in presenza di un negozio gratuito o liberale, di una permuta, di una vendita o di un conferimento in società.

Sembrerebbe, invece, risultare in linea con la riforma la tesi del trasferimento di un (nuovo) diritto reale immobiliare, secondo la quale il cedente, distaccando in tutto o in parte la facoltà di costruire inerente al proprio diritto di proprietà e formando così un diritto a sé stante, trasferirebbe tale diritto ad altro soggetto, proprietario di un fondo contiguo.

L'obiezione prima descritta, secondo la quale, così ragionando, si permetterebbe al proprietario di "creare" un nuovo diritto reale dalla scomposizione del diritto di proprietà, con conseguente violazione dei principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali, può dirsi superata proprio in virtù del nuovo art. 2643 n. 2 bis c.c., il quale "legittima l'idea di una tipizzazione ad opera del legislatore di un nuovo diritto reale, il diritto edificatorio, appunto"<sup>250</sup>.

Nonostante ciò, nemmeno questa ricostruzione può essere accolta, dal momento che, a ben vedere, la cessione di cubatura può assumere diverse connotazioni tra le quali quella in cui la volumetria, oggetto del negozio, viene non già trasferita da uno specifico fondo ad un altro ma viene acquisita dal proprietario del fondo per mezzo di un accordo con la P.A. o con altri soggetti, addirittura a prescindere dalla contiguità spaziale dei fondi<sup>251</sup>. In tutte queste ipotesi, il negozio non dà vita ad una vicenda di carattere reale dal momento che del diritto reale manca il carattere dell'inerenza ad un determinato fondo.

Alla luce di tutto ciò, sembra potersi affermare che nessuna delle tesi precedentemente descritte riesca a cogliere a pieno questo complesso e multiforme fenomeno.

Appare condivisibile, invece, una recente interessante ricostruzione<sup>252</sup> la quale, pur affermando che la cessione di cubatura rientri nei negozi ad efficacia reale, ricostruisce l'istituto in termini di contratto avente ad oggetto la chance

---

<sup>250</sup> Così, F. GAZZONI, *op.ult.cit.*, p. 101.

<sup>251</sup> Si allude al fenomeno della perequazione urbanistica, di cui si è ampiamente parlato al capitolo 1 del presente lavoro, e al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti.

<sup>252</sup> F. GAZZONI, *op.ult.cit.*, p. 101 e ss.

edificatoria che discende dall'interesse legittimo pretensivo di cui il cedente è titolare nel contesto del procedimento amministrativo.

Già qualche tempo prima della introduzione dell'art. 2643, n. 2 *bis*, c.c., attenta dottrina pubblicistica, occupandosi della natura giuridica del credito di volumetria, aveva posto in evidenza come oggetto dei trasferimenti di cubatura non siano diritti edificatori, ma “interessi legittimi volti a pretendere, nei confronti dell'amministrazione *domina*, che l'astratta volumetria riconosciuta dal potere di piano, od altre fattispecie equipollenti, possa concretizzarsi tramite il rilascio del titolo abilitativo (e *similia*)”<sup>253</sup>. L'espressione “diritti edificatori”, invalso nella prassi, e ora scelto anche dal legislatore, era considerato, pertanto, non corretto sotto il profilo strettamente giuridico, “mascherando in realtà una situazione soggettiva di interesse legittimo pretensivo”<sup>254</sup>, potendosi parlare correttamente di un diritto a edificare solo a seguito del rilascio del titolo abilitativo.

Tale impostazione presuppone che l'interesse legittimo, in quanto situazione giuridica soggettiva correlata a beni della vita valutabili dal punto di vista patrimoniale, possa circolare mediante un contratto ad effetti reali. Questo assunto presuppone, a sua volta, una lettura evoluta dell'art. 1376 c.c. che, in tema di contratto ad effetti reali, dispone che “nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale, ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”.

Tale norma, nella parte in cui fa riferimento al “trasferimento di altro diritto” pare alludere agli interessi legittimi, dal momento che la situazione è molto simile a quella che avviene laddove ad essere trasferito sia un diritto di credito, che rientra, appunto, nell'ambito degli “altri diritti”.

A seguito della cessione, infatti, il cessionario vanta un'aspettativa a che la Pubblica Amministrazione rilasci il titolo abilitativo maggiorato; tale aspettativa,

---

<sup>253</sup> L'espressione è di A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, cit., p. 304

<sup>254</sup> In questi termini, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 106 ss.

se non dà luogo alla nascita di un diritto di credito (data la discrezionalità di cui è titolare la Pubblica Amministrazione), è molto simile alla situazione che viene a crearsi laddove il diritto di credito sia solo sperato; ma poiché è ben possibile la cessione di un diritto di credito anche solo sperato, allora, non vi è alcuna ragione per negare un'interpretazione estensiva dell'art. 1376 c.c. che possa includere anche il trasferimento della chance derivante da un interesse legittimo pretensivo. Del resto, come è stato autorevolmente evidenziato, “ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione, e non dunque l'interesse in quanto tale, inteso come una relazione (in senso molto ampio) tra il soggetto ed il bene, che esprime come presupposto, un giudizio del soggetto sull'idoneità del bene a soddisfare il bisogno”<sup>255</sup>.

Nella prospettiva tesa a ridimensionare, quanto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, le differenze fra la posizione di interesse legittimo e quella di diritto soggettivo, proprio rivalutando la dimensione uniforme dell'interesse sostanziale protetto dall'ordinamento, la giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi causata da atti della Pubblica Amministrazione violativi di norme di azione, sostanziali e procedurali<sup>256</sup>.

La prospettazione dei giudici di legittimità è, dunque, volta a riconsiderare la categoria dell'interesse legittimo come situazione sostanziale diretta a proteggere un bene della vita “la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare un danno”<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Così, F. GAZZONI, *op.ult.cit.*, p. 104.

<sup>256</sup> È la nota Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261 ss., con commento di A. MORELLI. In tema si segnalano, fra i molti: G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, p. 391 e ss.; A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, p. 679 ss.; C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 689 ss.

<sup>257</sup> Così, in motivazione, Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., ove si precisa: “L'interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile la lesione produttiva del danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare un danno. Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre

In tal senso, l'interesse legittimo, quale posizione sostanziale suscettibile di valutazione economica, non solo è negoziabile fra Pubblica Amministrazione e privati, ma può essere oggetto anche di atti di disposizione fra privati stessi. Può profilarsi, allora, l'idea che con la cessione di cubatura, quale contratto traslativo, circoli non già un diritto edificatorio, bensì un interesse legittimo pretensivo alla realizzazione della volumetria<sup>258</sup>. Sotto tale profilo, si è, infatti, parlato di trasferimento della *chance* edificatoria<sup>259</sup>, “intersecandosi” la figura civilistica della *chance* con la struttura dell'interesse legittimo<sup>260</sup>.

Il diritto edificatorio avrebbe, dunque, la consistenza di una *chance*, quale rilevante probabilità di trasformazione in certi termini volumetrici di una determinata area. Naturalmente essa non si rapporta alla costruzione ma al permesso di costruire<sup>261</sup>, ottenuto il quale la *chance* si realizza e potrà concretizzarsi il diritto a edificare secondo quella determinata volumetria.

#### 4. La posizione giurisprudenziale

---

l'interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione”.

Più di recente, ribadisce la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, III, c. 33 ss.

<sup>258</sup> Del resto, la stessa dottrina che propone la tesi della reificazione della cubatura era arrivata a sostenere la coincidenza della cubatura con la *chance* edificatoria, intesa tuttavia quale bene in sé, distinto dal “bene finale costruzione”, per poi sostenere che essa “può formare oggetto di diritti nei rapporti interprivatistici” e contemporaneamente atteggiarsi a “interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione, strettamente collegato al potere di quest'ultima”. In questi termini, G. TRAPANI, *Normative speciali*, cit., p. 411 ss.

<sup>259</sup> A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 306.

<sup>260</sup> Lo sottolinea F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 107. Precisa A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 310, che la *chance* è la possibilità per il privato di esercitare poteri ed interessi volti a conformare la funzione amministrativa. Non è, dunque, un bene autonomo, né tanto meno una situazione autonoma, poiché, in fin dei conti, il concetto civilistico di *chance* si traduce, in termini pubblicistici, nella concezione strumentale dell'interesse legittimo[...]. La *chance*, dunque, nel diritto amministrativo, non si misura in termini di beni e situazioni autonome, ma di poteri e correlati interessi”.

<sup>261</sup> È ciò che osserva, in altri termini, G.P. CIRILLO, *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 17 ss., p. 30, proprio nella prospettiva di una coincidenza fra trasferimento di diritti edificatori e circolazione di un interesse legittimo pretensivo, sottolineando che “l'effetto giuridico fondamentale della vicenda negoziale non è dato dalla realizzazione della volumetria ma dall'esito positivo del procedimento di rilascio del permesso di costruire”, sicché la sicurezza della negoziazione che il notaio deve garantire è proprio quella di assicurare all'acquirente la legittimazione al provvedimento amministrativo.

La cessione di cubatura, pur in assenza di un'espressa previsione normativa, è stata storicamente consentita dalla giurisprudenza sul presupposto che i diritti edificatori che un terreno possiede possano essere alienati o ceduti indipendentemente dall'alienazione o cessione del terreno medesimo poiché gli stessi, pur se intrinsecamente collegati al terreno che li esprime, costituiscono un'utilità separata da questo, autonomamente valutabile e con una propria commerciabilità e patrimonialità<sup>262</sup>. La qualificazione giuridica della cessione di cubatura è da sempre argomento dibattuto in giurisprudenza, in particolare con riferimento alla necessità o meno di un negozio di trasferimento ovvero alla sua natura reale od obbligatoria, nonché con riferimento ai rapporti tra il profilo privatistico e quello pubblicistico dell'operazione.

Dall'analisi delle pronunce sul trasferimento di cubatura, che si sono susseguite nell'arco di circa quarant'anni, è possibile cogliere tutto il disagio legato alle già accennate difficoltà di inquadramento della materia.

Inizialmente gli interventi della giurisprudenza di legittimità sul trasferimento di cubatura non scaturirono da esigenze classificatorie. La qualificazione della figura operata dalle prime pronunce<sup>263</sup>, infatti, avvenne in funzione del diverso e principale problema fiscale sollevato dinanzi alla Suprema Corte. In particolare si chiedeva se il trasferimento di cubatura avesse dovuto essere sottoposto alle norme della legge 2 luglio 1949 n. 408 (c. d. legge Tupini) e, dunque, se usufruisse delle agevolazioni previste da questa legge per i trasferimenti immobiliari; o, al contrario, se occorresse considerare il trasferimento di cubatura

---

<sup>262</sup> Il trasferimento dei diritti edificatori, a prescindere dalle previsioni del piano regolatore, è stato ammesso dalla giurisprudenza, sin da Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 1971, n. 632; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 1973, n. 178; Cass. civ., sez. II, 29 giugno 1971, n. 4245, la quale pone il presupposto logico per quella più recente che ne stabilisce limiti ed effetti.

<sup>263</sup> Cass. 6 luglio 1972 n. 2235, in *Riv. leg. fisc.*, 1973, p. 766 e in *Rass. Avv. Stato*, 1972, I, sez. 5; Cass. 6 marzo 1973 n. 641, in *Riv. not.*, 1973, p. 1165; Cass. 21 marzo 1973 n. 802 in *Riv. leg. fisc.*, 1973, p. 2200 e in *Foro it.*, 1973, I, c. 2117; Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, cit., con nota di M. DI PAOLO e in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1424, con nota di R. TRIOLA; Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, p. 1595; Cass. 21 maggio 1975, n. 2017, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, p. 2288; Cass. 20 ottobre 1975 n. 3416, in *Riv. leg. fisc.*, 1976, p. 585; Cass. 8 ottobre 1976, n. 3334, in *Riv. not.*, 1977, p. 1006; Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639, *Riv. leg. fisc.*, 1977, p. 1146; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807 in *Corr. giur.*, 1989, p. 276 con nota di V. DE LORENZI, in *Giur. imp.*, 1989, I, p. 164, con nota di R. ZAMPINI e in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1544, con nota di A. CHIANALE.

fuori dalla previsione di quella legge e pertanto, da tassare analogamente ai trasferimenti immobiliari contemplati dalla legge di registro, la quale prevedeva l'applicazione dell'imposta in misura proporzionale agli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili in genere e agli atti traslativi o costitutivi di diritti reali di godimento, compresa la rinuncia agli stessi<sup>264</sup>.

La Suprema Corte ha, dunque, proposto diverse ricostruzioni volte a ritenere che la cessione di cubatura assuma comunque le caratteristiche di realtà: più recentemente, in questa prospettiva, ha nuovamente affermato di poter ricondurre la cessione di cubatura al trasferimento di un diritto che insiste nella «facoltà inerente il diritto di proprietà, come tale avente sicuramente caratteristiche di realtà»<sup>265</sup>.

La difficoltà ad inquadrare il non meglio precisato trasferimento di diritti reali immobiliari negli schemi legali, fa dapprima rilevare che "i diritti reali, i quali sono suscettibili di possesso giuridico, soggiacciono al principio del *numerus clausus* e devono dunque essere sussumibili nei paradigmi legislativi che compongono tale *numerus*"<sup>266</sup>, per poi giudicare "irrilevante" qualificare un rapporto - quale quello instaurato dalla cessione di cubatura - come servitù, che si caratterizza per "una *utilitas* fornita dal fondo servente con carattere di permanenza", quando invece il detto rapporto "si sostanzia in una facoltà di costruire, da esercitarsi una tantum"<sup>267</sup>.

Non è mancato, comunque, il ricorso alle figure dei diritti reali tipici. Ad esempio, quando si è affermato che il concetto di "acquisto di area fabbricabile", contemplato dall'art. 14 della legge Tupini, va inteso estensivamente, dovendosi in esso ricomprendere anche l'acquisto di una concessione *ad aedificandum*, perché nelle intenzioni del legislatore ciò che effettivamente rileva non è l'oggetto in se' dell'area, ma l'attributo finale della sua edificabilità. Quindi, si è prima osservato

---

<sup>264</sup> L'orientamento di queste pronunce è stato occasionato dalla necessità di risolvere i problemi pratici sorti nell'attuazione delle cessioni di cubatura previste per la prima volta dal P.R.G. di Torino.

<sup>265</sup> Cass. civ., sez. V, 14 maggio 2007, n. 10979 in *Notariato*, 2007, 5, p. 493; Cass. civ., sez. V, 14 maggio 2003, n. 7417 in *Gius.*, 2003, 20, p. 2313.

<sup>266</sup> Cass. 6 luglio 1972, n. 2235, cit.; vedi anche Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, cit.

<sup>267</sup> Cass. 6 luglio 1972, n. 2235 cit. Negli stessi termini Cass. 9 marzo 1973 n. 641, cit. Vedi anche Cass. 21 marzo 1973, n. 802, cit. e Cass. 8 ottobre 1976, n. 3334, cit.



che "acquisto di area edificabile e acquisto di cubatura edificabile diventano concetti equivalenti"<sup>268</sup>, per arrivare in seguito a stabilire che "non è veramente diversa l'ipotesi dell'acquisto di cubatura dall'ipotesi del diritto di superficie o di sopraelevazione acquistato su fondo altrui"<sup>269</sup>.

Sotto un diverso profilo, nella ricerca di una giustificazione logico-giuridica al dedotto "trasferimento", viene precisato che risolvendosi l'operazione in una "rinuncia a costruire che trova causa in un corrispettivo, [...] assume il carattere indubbio di una cessione di diritto con efficacia traslativa, non automatica, ma volontaria, a favore di un soggetto prescelto, il quale paga un corrispettivo non irrilevante, onde la cessione è a titolo oneroso, e produce nel cessionario una facoltà di edificare con effetti *erga omnes*, analoghi agli effetti dei trasferimenti di diritti reali"<sup>270</sup>. Volendo individuare i punti salienti dell'orientamento sopra esposto, può dirsi che, oltre all'affermazione secondo cui il trasferimento di cubatura produce un effetto analogo a quello proprio dei trasferimenti di diritti reali immobiliari, viene anche rilevata l'imprescindibilità dell'autonomia negoziale, che è elevata a presupposto dell'intera operazione, accanto all'intervento amministrativo.

La centralità dell'autonomia negoziale traspare in modo più marcato in un secondo gruppo di pronunce che propendono per la qualificazione del rapporto instaurato con la cessione di cubatura come servitù<sup>271</sup>.

Secondo la Suprema Corte, la necessità dell'atto negoziale trova ragione, come nel caso dei vincoli di inedificabilità, per soddisfare le "esigenze di certezza giuridica e di effettività delle previsioni urbanistiche"<sup>272</sup>. A sostegno della tesi viene richiamato un lontano precedente giurisprudenziale<sup>273</sup>, in cui si discuteva di un

---

<sup>268</sup> Cass. 9 marzo 1973, n. 641, cit. e Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, cit.

<sup>269</sup> Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639, cit. Contra Cass. 6 luglio 1972, n. 2235, cit.

<sup>270</sup> Cass. 6 luglio 1972, n. 2235, cit.; così anche Cass. 9 marzo 1973, n. 641, cit. e Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, cit.

<sup>271</sup> Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 922; Cass. 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. it.* 1981, I, 1, c. 1346, Cass. S.U. 20 dicembre 1983, n. 7499 in *Giur. it.*, I, 1, c. 209; Cons. Stato, 25 novembre 1988, sez. V, n. 744, in *Foro amm.*, 1988, p. 3251; TAR Puglia, 16 giugno 1990, n. 279, in *Foro amm.*, 1991, p. 881.

<sup>272</sup> Cons. Stato, 25 novembre 1988, sez. V, n. 744, cit.

<sup>273</sup> Il precedente cui si fa riferimento nel testo è Cass. 7 giugno 1968 n. 1738 in *Riv. giur. edil.*, 1969, I, 1, p. 46.

piano di lottizzazione predisposto da privati, nel quale si prevedeva la redistribuzione tra fondi confinanti delle quote di edificabilità. In quell'occasione la Corte aveva concluso che il piano, benché non avesse acquistato rilevanza nell'ambito del diritto pubblico per mancata preventiva autorizzazione dell'autorità comunale, ai sensi dell'art. 28 della legge urbanistica n. 1150 del 1942, conservava *inter partes* piena validità di convenzione tra privati.

Viene a tal proposito chiarito che le pattuizioni con le quali vengono imposte, a carico di un fondo e a favore del fondo confinante, "limitazioni di edificabilità", restringono permanentemente i poteri connessi alla proprietà dell'area gravata e mirano ad assicurare, correlativamente, particolari utilità a vantaggio del proprietario dell'area contigua. Si aggiunge<sup>274</sup> che "pattuizioni siffatte si atteggianno, rispetto ai terreni che ne sono colpiti, a permanente minorazione della loro utilizzazione da parte di chiunque ne sia il proprietario, ed attribuiscono ai terreni contigui, un corrispondente vantaggio che inerisce ai terreni stessi come *qualitas fundi*, cioè con carattere di realtà così da inquadrarsi nello schema della servitù", per infine precisare che si tratta di "servitù prediale a contenuto atipico e, pertanto trascrivibile"<sup>275</sup>.

Anche in quest'orientamento si fa riferimento ad una "rinuncia" del proprietario "cedente", ma non viene precisato tuttavia che questa è traslativa di un "diritto" di quest'ultimo. E' detto invece che il cedente, "nell'esercizio di una facoltà rientrante nell'ambito della normale esplicazione del diritto di proprietà" può rinunciare "a vantaggio del fondo confinante, a parte della cubatura da lui utilizzabile per la costruzione di edifici sul proprio fondo"<sup>276</sup>.

Tuttavia, questo gruppo di pronunce, pur qualificando come servitù di non edificare (anche se atipica) il trasferimento di cubatura, lascia un ruolo ancora centrale all'autonomia negoziale che, ciò nonostante, non è determinante ai fini del trasferimento di cubatura, rispetto al quale una funzione decisiva viene rivestita dall'intervento dell'Autorità comunale la quale, preso atto della "rinuncia del cedente", consente la rideterminazione degli indici di edificabilità

---

<sup>274</sup> Vengono richiamate Cass. n. 849/1971 e Cass. 951 del 1970.

<sup>275</sup> Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, cit.

<sup>276</sup> Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, cit.

programmati dalle parti. Pertanto, al ruolo della P.A. viene ricollegato uno spazio sempre maggiore in una serie di successive sentenze nelle quali la Corte di Cassazione ha ritenuto che la cessione di cubatura da un fondo ad un altro non necessiti di un atto negoziale ad effetti obbligatori o reali, potendo essere l'adesione del cedente manifestata anche con la semplice comunicazione al Comune della propria volontà ovvero con la sola sottoscrizione del progetto edilizio del cessionario<sup>277</sup>; o, ancora, che il vincolo di asservimento del fondo cedente si costituisca, sia per le parti che per i terzi, con il rilascio del titolo edilizio che consente l'utilizzazione sul fondo cessionario dei diritti edificatori provenienti dall'altro fondo<sup>278</sup>.

Si consolida, in modo più rigoroso, la tesi di matrice giurisprudenziale che ritiene "non necessario un atto negoziale privato diretto alla costituzione di una servitù o di altro vincolo giuridico tra le parti, quando, per realizzare il rapporto area - volume prescritto dalla legislazione urbanistica, sia indispensabile destinare la proprietà di un terzo al servizio del costruendo edificio"<sup>279</sup>. In quest'ottica è stato

---

<sup>277</sup> In senso critico, M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., p. 675 ss., secondo il quale non sembra però che una mera sottoscrizione apposta agli allegati planovolumetrici del progetto possa essere sufficiente a manifestare quell'impegno, come non sembra sufficiente quella sottoscrizione per eliminare i rischi legati alla mancanza di un preventivo consenso negoziale, libero e cosciente, all'operazione che si esamina, nel caso ad esempio di permuta di cosa presente (la cubatura) con cosa futura (un'unità immobiliare da costruire). Si pensi all'ipotesi in cui il proprietario di un fondo si rivolga al Comune e chieda una concessione edilizia "maggiorata" - riservandosi di integrare la documentazione - pur non avendo ancora conseguito la volumetria necessaria. Successivamente egli si accorda con i proprietari delle aree confinanti per trasferire a questi ultimi, dietro corrispettivo, gli appartamenti da costruire e subordinando tutta l'operazione al rilascio della concessione amministrativa. Ottenute le sottoscrizioni dai futuri acquirenti su tutta la "documentazione necessaria per l'acquisto", compreso l'atto di costituzione del futuro condominio, le tavole planimetrie, gli estratti catastali e quant'altro, il proprietario costruttore torna in Comune e deposita il tutto, integrando così la documentazione necessaria per l'ottenimento della concessione, compresi i "consensi per l'ottenimento del provvedimento amministrativo richiesti dall'autorità comunale". Il caso si è prospettato nella realtà, avendo formato oggetto del giudizio deciso dalla Cassazione con la sentenza del 29 giugno 1981 n. 4245, cit., in cui si è comunque affermato che l'adesione al progetto, tale da determinare il sorgere del vincolo di inedificabilità a carico del fondo "cedente", "opera indipendentemente dalla circostanza che fra le parti private ne sia stato previamente imposto l'obbligo con la stipulazione del contratto - oneroso o gratuito - i cui effetti prodromici sono indifferenti alla Pubblica Amministrazione". Può così capitare, con estrema facilità, che la sottoscrizione della documentazione avvenga senza che i cedenti si siano effettivamente rappresentata l'importanza di simile atto che potrebbe privarli non solo di una parte ma di tutta la volumetria disponibile.

<sup>278</sup> Cass. civ., sez. II, 12 settembre 1998, n. 9081 in *Mass. Giur. It.*; Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, cit., p. 339 nota di P. DE MARTINIS.

<sup>279</sup> Cass. 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 685.

chiarito che l'accordo, nei rapporti esterni, rileva unicamente come "impegno del proprietario cedente a prestarsi presso la Pubblica Amministrazione alla rinuncia a utilizzare per sé la cubatura mancante al cessionario, con effetto preliminare all'essenziale momento costitutivo rappresentato dall'intervento dell'ente pubblico con l'emissione della licenza".

L'accordo preliminare diretto alla cessione di cubatura, con cui una parte (il proprietario cedente) si impegna a prestare il proprio consenso affinché la cubatura (o una parte di essa), che gli compete in base agli strumenti urbanistici, venga attribuita dalla P.A. al proprietario del fondo vicino (cessionario) compreso nella stessa zona urbanistica - così consentendogli di ottenere una concessione per la costruzione di un immobile di volume maggiore di quello cui avrebbe avuto altrimenti diritto - non richiede la forma scritta *ad substantiam* perché se ne deve escludere la natura di contratto traslativo di un diritto reale<sup>280</sup>. La Cassazione ha, quindi, ritenuto che "nella cessione di cubatura si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva in cui confluiscono, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo, e a determinare il trasferimento di cubatura, tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia del cedente, può essere emanato dall'ente pubblico a favore del cessionario, non essendo configurabile tra le parti l'esistenza di un contratto traslativo"<sup>281</sup>. A fronte di quest'ultima interpretazione della Suprema Corte, la prevalente posizione del giudice amministrativo è stata quella di affermare che il negozio avente natura obbligatoria intervenuto tra le parti o il diverso atto con il quale è assentito il trasferimento di cubatura, costituisce il presupposto del conforme provvedimento amministrativo che opera il trasferimento<sup>282</sup>, anch'esso precisando che l'accordo tra i privati realizza l'avvio

---

<sup>280</sup> Cass. civ., sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623 in *Giur. It.*, 2010, 3, p. 549; Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, cit.; Cass. civ., sez. II, 12 settembre 1998, n. 9081, cit.

<sup>281</sup> Cass. civ., sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, cit., p. 319, con nota di G. CECCHERINI.

<sup>282</sup> "Alla luce del costante orientamento di questo Consiglio, ribadito anche di recente (sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 255; 19 ottobre 2006, n. 6229; 31 gennaio 2005, n. 219) quando la normativa urbanistica impone limiti di volumetria, il vincolo dell'area discende *ope legis* dalla sua utilizzazione, sulla base della concessione edilizia, senza la necessità di strumenti negoziali

di una fattispecie progressiva che si conclude con il provvedimento dell'autorità comunale<sup>283</sup>; sul punto non si può non evidenziare la chiara posizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2009 la quale, assunti i «principi in materia di asservimento, con particolare riguardo al caposaldo che connette il relativo vincolo con il provvedimento edilizio abilitativo», ha definito l'asservimento come «fattispecie negoziale atipica ad effetti obbligatori in base ai quali un'area viene destinata a servire il computo dell'edificabilità di altro fondo. L'asservimento realizza, in definitiva, una specie particolare di relazione pertinenziale, nella quale viene posta durevolmente a servizio di un fondo la qualità edificatoria di un altro»<sup>284</sup>.

Le riportate posizioni della giurisprudenza non possono oggi non essere verificate con riferimento al generale istituto del trasferimento dei diritti edificatori<sup>285</sup>, in ragione della recente introduzione del n. 2-bis al comma 1 dell'art. 2643 del codice civile<sup>286</sup> il quale prevede che siano resi pubblici con il mezzo della trascrizione «i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale»<sup>287</sup>. Il legislatore ha voluto disciplinare il trasferimento dei diritti di edificazione contenuto in un atto stipulato in forma scritta, idoneo alla trascrizione ove consista in un atto pubblico (art. 2699 c.c.) o

---

privatistici (atto d'obbligo, trascrizione, ecc.), i quali ultimi, invece devono sussistere quando il proprietario di un terreno intenda asservirlo a favore di un altro proprietario limitrofo, per ottenere una volumetria

maggiore di quella che il suo terreno gli consentirebbe ...» (Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3766). Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637 in *Riv. Giur. Edil.*, 2000, I, p. 1170; Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 1994, n. 1382 in *Foro Amm.*, 1994, fasc.11. Contra: Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 1988, n. 744 in *Foro Amm.*, 1988, p. 3251).

<sup>283</sup> T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 7 luglio 2001, n. 1677.

<sup>284</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2009, n. 3 in *Foro It.*, 2009, 10, 3, p. 523.

<sup>285</sup> La norma si riferisce, oltre che alla tradizionale forma di trasferimento dei diritti edificatori operata tramite la cessione di cubatura caratterizzata dall'asservimento di un fondo ad un altro, ai diversi istituti della perequazione e della compensazione nei quali il trasferimento dei diritti edificatori è caratterizzato dal fatto che gli stessi sono svincolati dalla titolarità di un fondo al quale collegarli.

<sup>286</sup> Il n. 2-bis del comma 1 dell'art. 2643 c.c. è stato introdotto dal D.L. 13 maggio 2001, n. 70, art. 5, comma 3 («Semestre europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia») come modificato dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106.

<sup>287</sup> Per un più approfondito esame della norma si rinvia a E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 1051.

sia autenticato (art. 2703 c.c.)<sup>288</sup>. Ciò con l'espressa finalità di creare la certezza degli atti di trasferimento dei diritti edificatori e nel contempo tipizzare un nuovo schema contrattuale che, nella prassi, ha assunto sempre maggior rilevanza. In tal modo, il legislatore ha soddisfatto l'auspicio – contenuto nella sentenza del Consiglio di Stato 13 luglio 2010, n. 4545, riguardante il piano regolatore di Roma – di un intervento statale volto a “disciplinare in maniera chiara ed esaustiva la perequazione urbanistica, nell'ambito di una legge generale sul governo del territorio la cui adozione appare quanto mai auspicabile alla luce dell'inadeguatezza della normativa pregressa a fronte delle profonde innovazioni conosciute negli ultimi decenni dal diritto amministrativo e da quello urbanistico”. Anche anteriormente all'introduzione del n. 2-bis al comma 1 dell'art. 2643 del codice civile, il trasferimento di cubatura è stato già ritenuto opponibile ai terzi poiché l'asservimento del fondo cedente a favore del fondo accipiente costituisce comunque una qualità obiettiva del fondo opponibile anche al terzo acquirente<sup>289</sup>. Il trasferimento di cubatura non era neppure estraneo a forme di pubblicità: è ricompreso tra le prescrizioni urbanistiche e costituisce pertanto un contenuto essenziale del certificato di destinazione urbanistica che, a pena di nullità, deve essere allegato agli atti di trasferimento immobiliare<sup>290</sup>; la trascrizione del trasferimento di cubatura ai sensi del codice civile avviene comunque laddove sia soggetto a trascrizione per diversi motivi l'atto che ne contiene la pattuizione (si pensi alle convenzioni urbanistiche). Come infra precisato, la previsione della forma e della trascrizione del contratto che trasferisce diritti edificatori non è parsa invero ai primi commenti risolutiva per la loro riconducibilità ai diritti reali. La dottrina ha messo in luce come il nuovo n. 2-bis del comma 1 dell'art. 2643

---

<sup>288</sup> L'art. 2657 c.c. prevede che «La trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente».

<sup>289</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637 in *Foro Amm.*, 2000, p. 2186; Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 1998, n. 387 in *Foro Amm.*, 1998, p. 739; Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 1997, n. 63 in *Giur. It.*, 1997, III, 1, p. 405; T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 16 maggio 2000, n. 39; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4113 in *Corriere del Merito*, 2010, 12, p. 1230.

<sup>290</sup> «Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi ad oggetto il trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni sono nulli e non possono essere stipulati né trascritti nei pubblici registri immobiliari ove agli stessi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti l'area interessata» (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 30, comma 2).

c.c. non consenta di ritenere l'intervenuta tipizzazione legislativa di un nuovo diritto reale<sup>291</sup>, in primo luogo in base del principio del *numerus clausus*<sup>292</sup> poiché la trascrizione non vale da sola ad attribuire natura reale a situazioni che sul piano sostanziale ne siano prive; ne è conferma che nello stesso codice civile sono previste fattispecie obbligatorie trascrivibili<sup>293</sup>. La natura reale dei diritti edificatori è poi stata posta in discussione evidenziando la rilevanza del provvedimento amministrativo che ne autorizza il trasferimento<sup>294</sup> e la circostanza che negozi giuridici che dispongono dei diritti edificatori, unitariamente considerati dalla disposizione di legge in esame, configurino fattispecie in cui la circolazione di tali diritti è scissa dal loro riferimento all'area di provenienza e quindi siano privi dei presupposti conformativi della realtà.

Anche le prime pronunce della giurisprudenza amministrativa, che sono state chiamate ad esprimersi sulla natura della cessione di cubatura successivamente all'entrata in vigore delle previsioni di cui al n. 2 bis al comma 1 dell'art. 2643 c.c., non paiono discostarsi dalla posizione secondo la quale la ricostruzione più attendibile della fattispecie sarebbe quella di un contratto atipico ad effetti obbligatori, avente natura di atto preparatorio finalizzato al trasferimento di volumetria, che si realizza soltanto con il provvedimento amministrativo; con la precisazione che "la conferma dell'atipicità della relativa fattispecie negoziale e per converso, ai fini di tutela dei terzi, dell'esigenza di pubblicizzarne la relativa sussistenza, si rinviene, ora, nel disposto dell'art. 5 D.L. 70 del 2011. In altri termini, il legislatore ha inteso ampliare l'elenco tassativo degli atti soggetti a

---

<sup>291</sup> F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, cit., p. 101.

<sup>292</sup> In tal senso E. BERGAMO, *La cessione dei diritti edificatori*, cit., p. 119, il quale afferma anche che, con riferimento alla nuova disciplina della trascrizione, "è da escludere la possibilità che si sia resa autonoma una facoltà del diritto di proprietà perché anche in tal caso si sarebbe creato un nuovo diritto reale".

<sup>293</sup> Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 2645-bis c.c. il quale prevede la trascrizione dei contratti preliminari e all'art. 2645-ter, c.c. che ha previsto la trascrivibilità dei vincoli di destinazione.

<sup>294</sup> Il tentativo di reificare la cubatura non può dunque dirsi riuscito, anche perché questa tesi, alla pari di quella che ipotizza diritti immobiliari, con tutta evidenza sottovaluta il fatto che il contratto si inserisce nel contesto di un procedimento amministrativo, di cui è uno dei presupposti" (F. GAZZONI, *ult. op. cit.*, 104).

trascrizione inserendovi, appunto, la categoria genericamente definita dei “contratti che trasferiscono diritti edificatori”<sup>295</sup>.

---

<sup>295</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 26 luglio 2012, n. 2097.



### CAPITOLO III

## FUNZIONE ED EFFICACIA DELLA TRASCRIZIONE DEI CONTRATTI DI TRASFERIMENTO DEI DIRITTI EDIFICATORI

*1. La pubblicità nei registri immobiliari quale condizione di opponibilità e regola di conflitti – 2. Il problema della circolazione e della trascrizione dei trasferimenti dei diritti edificatori “in volo” – 3. L’ammissibilità degli atti dispositivi dei diritti edificatori: ipotesi applicative*

### ***1. La pubblicità nei registri immobiliari quale condizione di opponibilità e regola di conflitti***

Il quadro normativo di riferimento appare oggi modificato in un senso certamente chiaro: alla tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi, denominato cessione di cubatura, si accompagna la previsione dell’accesso ai registri immobiliari di siffatte operazioni negoziali, indipendentemente dalla individuazione della natura giuridica dei diritti edificatori.

Al legislatore, infatti, deve essere certamente riconosciuto il merito<sup>296</sup> di avere fotografato una realtà che, con sempre maggior vigore, stava trovando emersione nella pratica, attraverso il ricorso a fattispecie negoziali di difficile inquadramento.

Il recente inserimento nel codice civile dell’art. 2643, n. 2 bis, costituisce senza dubbio la risposta all’istanza, di cui si era fatta da tempo portatrice la dottrina, di una disciplina che sancisse la trascrizione delle fattispecie negoziali in esame, al fine di risolvere i possibili conflitti circolatori, in applicazione del meccanismo di prevalenza dato dalla priorità della trascrizione (art. 2644 c.c.) e, soprattutto, in considerazione della volontà di alcune Regioni (Veneto, Lombardia) di creare un

---

<sup>296</sup> Di diverso avviso, G.A. DI VITA, *Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella*, cit., p. 89, secondo il quale ciò di cui non si sentiva per nulla il bisogno, tanto meno con l’abuso della legislazione d’urgenza, era l’introduzione di un connotato di tipicità per la cessione di cubatura atteso che ciò era stato coniato dalla prassi; si sentiva invece il bisogno di una qualificazione tecnica della fattispecie.

vero e proprio mercato dei suddetti diritti. Del resto, solo se le regole di circolazione e pubblicità sono certe, con esatta individuazione delle possibili aree di atterraggio, il mercato di tali beni sarà altrettanto efficiente<sup>297</sup>.

Il regime di pubblicità ed opponibilità delle vicende traslative dei titoli volumetrici non poteva essere dettato, infatti, dalla legislazione regionale, attesa la riserva allo Stato della legislazione sull'ordinamento civile (art. 117, comma 2, lett. l, Cost.), nel quale rientra anche la materia della trascrizione in termini di disciplina generale. La formulazione definitiva della norma, secondo la quale devono rendersi pubblici mediante trascrizione «i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale», è, invero, il frutto di una modifica operata in sede di conversione del decreto. Il testo originario contemplava, infatti, solo i contratti traslativi di diritti edificatori cui è stato aggiunto, in sede di approvazione della legge, il riferimento, peraltro non poco problematico, ai contratti costitutivi e modificativi.

Indubitabile la *ratio* della scelta originaria del legislatore, resa peraltro evidente sia nel testo del decreto convertito (art. 5, n. 3), che nella Relazione tecnica del disegno di legge di conversione: prescrivere la trascrizione nei registri immobiliari dei contratti di trasferimento di diritti edificatori, al fine di garantire certezza nella relativa circolazione, essendo insufficienti gli strumenti offerti dalle amministrazioni comunali (sia pure innovativi quali, in via meramente

---

<sup>297</sup> Secondo S. DE PAOLIS, *La pianificazione consensuale, premiale e per gli accordi: perequazione, compensazione, altre forme di urbanistica contrattata e di premialità edilizia*, in *Trattato dei diritti reali*, IV, *Proprietà e pianificazione del territorio*, Milano, 2012, p. 411 in tali trasferimenti il rischio non è solo costituito dall'incertezza dei traffici, ma “anche dalla possibile incompleta regolazione del fenomeno da parte delle amministrazioni” con esatta individuazione delle aree di atterraggio. S. CARBONARA, *Perequazione urbanistica: un progetto complesso (capitolo I)*, in *Urbanistica e perequazione: dai principi all'attuazione* a cura di S. Carbonara e C. Torre, Milano, 2008, p. 22 si era lamentato della mancanza nel corpo dell'art. 2643 c.c. di una disposizione che consentisse la trascrizione degli atti aventi ad oggetto la circolazione dei diritti edificatori atteso che una tale circostanza avrebbe in concreto chiuso la strada a qualsiasi ipotesi ricostruttiva, non solo non essendo possibile coniare un principio di facoltatività delle trascrizioni ma anche essendo impossibile ricorrere ai meccanismi di cui all'art. 2645 c.c., che prevede la trascrizione degli atti e dei provvedimenti che producono alcuni degli effetti di cui all'art. 2643 c.c.

esemplificativa, i titoli di credito di cubatura da esse stesse emessi), in presenza di sviluppi “impensati ed impensabili”<sup>298</sup> conosciuti da siffatte operazioni.

Necessità, questa, che ha prevalso rispetto a una volontà tipizzante di tale diffuso modello contrattuale, della quale non sembra vi sia traccia alcuna nella norma. Ed infatti, il limite della disposizione è in un certo senso rappresentato proprio dall’aver regolato la pubblicità della fattispecie, senza disciplinare il fenomeno giuridico in sé. A tal riguardo, non sembra risolutiva la formula «contratti che trasferiscono diritti», adoperata dal legislatore per riferirsi alla cessione di volumetria, che potrebbe far pensare a un contratto di trasferimento di un diritto reale immobiliare giacché, da un lato, trattasi di una formulazione atecnica, priva di un reale valore qualificatorio<sup>299</sup>, come dimostra il successivo, generico, riferimento a «diritti edificatori comunque denominati»; dall'altro, la locuzione «diritti edificatori», ormai invalsa nella prassi e scelta dallo stesso legislatore nell'art. 2643, n. 2 *bis*, è solo una delle espressioni utilizzate da normative statali, regionali o da strumenti di pianificazione territoriale per indicare ciò che è analogamente definito, ad esempio, con i termini «cubatura», «volumetria» oppure «credito edilizio».

Bisogna premettere che, prima della introduzione della nuova ipotesi di cui all’art. 2643 n. 2 *bis* c.c., e al di là della ricostruzione nei termini della costituzione di servitù negativa collegata ad un mandato *in rem propriam*, gli orientamenti erano nel senso di ritenere possibile la trascrizione, laddove si ritenesse la realtà della volumetria; mentre ciò non era possibile, laddove, ritenendosi che non si potesse prescindere dal provvedimento amministrativo del Comune, l’accordo non poteva che avere natura meramente obbligatoria. Ciò comportava, come già rilevato, diverse forme e gradi di tutela in caso di inadempimento potendosi, nel secondo caso, solamente ammettersi il risarcimento del danno in conseguenza del fatto che il cedente non aveva posto in essere i presupposti necessari al cessionario per ottenere il permesso edificatorio con cubatura maggiorata. La circostanza che il

---

<sup>298</sup> L’espressione è di F. GAZZONI, *Trattato della Trascrizione. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Vol. 1, Tomo I, Torino, 2012, p. 205.

<sup>299</sup> In questi termini, B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 10 ss.

legislatore abbia scelto di introdurre la trascrivibilità nel commercio dei diritti edificatori impone, pertanto, di considerare il contratto di cessione tra quelli ad effetti reali e non più obbligatori.

Il legislatore, assicurando certezza degli acquisti nel c.d. "mercato" dei diritti edificatori, ha, dunque, il merito di aver disciplinato, seppure limitatamente ai profili pubblicitari, una prassi che negli ultimi anni ha conosciuto nuovi fenomeni giuridici, non riconducibili alla tradizionale vicenda della cessione di cubatura fra fondi contigui. Tali diritti possono, infatti, circolare senza un collegamento diretto con il terreno di origine e di destinazione e, dunque, sganciati dall'attuale proprietà di un fondo; si è affermato, a tal proposito, che essi "non costituiscono più una facoltà proprietaria, acquisendo tale qualità solo nella fase dell'atterraggio e quindi nel momento dell'utilizzazione". Del resto, i diritti edificatori possono essere assegnati anche a prescindere dalla sussistenza e dalla titolarità di un suolo edificabile e persino in assenza della titolarità di un'area. Da tale assunto può, dunque, concludersi che sotto l'espressione "trasferimenti di volumetria" possono ricondursi, oggi, fenomeni eterogenei e molto differenti fra loro, che vanno dalla nota cessione di cubatura fra fondi contigui o omogenei - appartenenti a un comparto - alle redistribuzioni fondiarie che si attuano nei piani perequativi, fino ai trasferimenti di diritti edificatori sotto la forma di c.d. crediti compensativi e premiali. Le ipotesi di commerciabilità dei diritti edificatori, previste nell'ambito delle misure di perequazione, compensazione e incentivazione urbanistica, non mirano, infatti, come sottolinea attenta dottrina pubblicistica, alla realizzazione di un mercato quale bene in sé per sé, bensì sono funzionali «ad un più equo e più efficiente governo del territorio». Del resto, proprio le vicende delle svariate tipologie di diritti edificatori fanno emergere, ancora una volta, come i poteri pubblici continuino a rivestire "un fondamentale ruolo determinativo e non soltanto regolatorio" e come, quindi, non possa parlarsi tecnicamente di un "diritto" sino a quando non sia rilasciato dall'autorità amministrativa il titolo abilitativo edilizio. Si è in presenza, infatti, di una fattispecie complessa che richiede l'assenso della p.a. in sede di rilascio del permesso edilizio relativo all'incremento della volumetria edificabile, rispetto al quale la posizione del

soggetto titolare del titolo volumetrico appare quella di interesse legittimo. La vicenda privatistica attinente alla circolazione dei diritti edificatori è, dunque, inscindibilmente connessa, sul piano qualificatorio, a quella pubblicistica del rilascio del titolo edilizio: il provvedimento amministrativo, infatti, non è mai un atto dovuto, in quanto dovrà sempre essere valutato dalla pubblica amministrazione il rispetto delle regole urbanistiche<sup>300</sup> e, tra l'altro, è sempre possibile che la stessa muti le proprie determinazioni in ordine allo sfruttamento edilizio del territorio e, in tal senso, revochi il permesso prima concesso.

In quest'ottica e sul presupposto che si operi in una dimensione pubblicistica in cui l'amministrazione eserciti poteri non già di mera regolazione, bensì di pianificazione, conformazione e determinazione, sembra essere più conforme quella tesi secondo la quale oggetto di circolazione non sono diritti edificatori, ma interessi legittimi atti a pretendere che l'astratta volumetria riconosciuta dal potere di piano possa concretizzarsi tramite il rilascio del titolo abilitativo. Del resto, la figura dell'interesse legittimo "pretensivo" non sembra precludere una qualificazione, in chiave privatistica, della vicenda del trasferimento dei diritti edificatori nei termini di trasferimento della *chance* edificatoria, intesa come seria e concreta possibilità di trasformazione in certi termini volumetrici di una determinata area.

In chiave circolatoria, tuttavia, non mancano taluni profili critici in ordine alla opponibilità dell'accordo concluso tra cedente e cessionario, in particolare, come si vedrà, per quanto attiene alle vicende traslative dei titoli volumetrici in assenza di fondi contigui o comunque ben determinati.

Altra conseguenza della Novella è quella di risolvere i conflitti tra più aventi causa, secondo la nota regola della prevalenza di chi per primo trascriva, senza che questo nulla tolga o aggiunga al procedimento amministrativo, teso ad ottenere il permesso di costruzione, che rimane fuori dal meccanismo protettivo della trascrizione. Sul piano dei conflitti circolatori, pertanto, la prima ipotesi che può prospettarsi è quella del conflitto fra cessionario e acquirente del fondo

---

<sup>300</sup> F. GAZZONI, *Trattato della Trascrizione. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 223 afferma correttamente che il proprietario di un terreno di atterraggio non potrebbe acquisire volumetria senza limiti per pretendere magari di costruire a suo piacimento un grattacielo.

asservito, al quale il vincolo di inedificabilità sarà opponibile se abbia trascritto l'atto di acquisto dopo la trascrizione del trasferimento di volumetria.

Non diversamente, nel caso di doppia cessione, il cessionario primo trascrivente, anche se l'atto di cessione sia di data successiva, prevarrà e sarà legittimato a chiedere il rilascio di un permesso di costruire maggiorato.

Ove si ritenesse, infatti, che la prevista trascrivibilità della cessione di cubatura non abbia mutato il carattere pubblicistico del procedimento di rilascio della volumetria maggiorata, al centro del quale si colloca sempre il provvedimento amministrativo discrezionale, il cessionario, pur protetto dal meccanismo di cui all'art. 2644 c.c., non potrebbe andare oltre il risarcimento del danno qualora il cedente non presentasse l'atto di asservimento nei confronti del Comune, in ragione della natura meramente obbligatoria del vincolo.

Tuttavia, sarebbe davvero minimo il risultato ottenuto dal legislatore, se non si potesse ritenere che, a seguito della trascrizione, il cessionario non possa procedere autonomamente nei confronti del Comune, atteso che egli è divenuto l'unico legittimato a chiedere il provvedimento; e, al tempo stesso, se il Comune non debba esser vincolato da quanto risulta dal registro della conservatoria immobiliare. In altri termini, occorrerebbe, come è stato giustamente proposto, consentire al cessionario, una volta curata la tempestiva trascrizione, di chiedere all'autorità comunale il provvedimento abilitativo edilizio maggiorato a prescindere dal consenso del cedente, potendosi ritenere già espressa tale adesione nell'atto negoziale di trasferimento reso opponibile a terzi<sup>301</sup>. Solamente così potrebbe sostenersi che il contratto traslativo della cubatura trascritto sia "opponibile" anche nei confronti della P.A., ossia nel senso che "la trascrizione dell'accordo acquisti nei rapporti con il Comune, un valore in qualche modo costitutivo sul piano dell'equipollenza con l'atto di asservimento, quale titolo che legittima la richiesta del permesso di costruire da parte del cessionario"<sup>302</sup>.

La norma, quindi, intende mettere in condizione l'amministrazione di poter procedere al rilascio del permesso di costruire sulla base della semplice visura

---

<sup>301</sup> Così F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, cit., p. 109.

<sup>302</sup> In tal senso, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 113

ipocatastale, in quanto il contratto trascritto equivale all'atto di asservimento, che prima della riforma costitutiva il necessario presupposto per il rilascio della concessione a favore di un soggetto diverso dal proprietario del fondo. Fissare in capo al Comune l'onere delle visure ipocatastali, significa non solo verificare che colui il quale chiede il rilascio del permesso per una cubatura maggiore sia legittimato sulla base di un regolare contratto di trasferimento, ma che questi abbia anche osservato la continuità delle trascrizioni, ivi compresa la verifica che non siano stati trascritti a carico del cedente pregressi pignoramenti o iscrizioni di ipoteche sul terreno edilizio da cui ha preso il "volo" la cubatura ceduta. Tuttavia, non sono pochi i dubbi che sorgono in merito alla previsione dell'obbligo di un'attenta verifica, da parte degli uffici comunali, delle visure risultanti presso le Conservatorie<sup>303</sup>: ciò, dunque, implicherebbe, per gli operatori pratici, l'opportunità di far risultare l'estinzione dell'interesse legittimo in capo al cedente e l'acquisizione del medesimo in capo al cessionario, non esclusa la necessità della indicazione della consistenza della volumetria trasferita, della descrizione del bene da cui prende il "volo" il diritto edificatorio e quella del bene su cui si può realizzare l'eventuale atterraggio.

In buona sostanza, si dovrà avere la consapevolezza, essendo oggetto del trasferimento - secondo la ricostruzione teorica fin qui avallata - l'interesse legittimo pretensivo, che l'effetto giuridico fondamentale della vicenda negoziale non è dato dalla realizzazione della volumetria ma dall'esito positivo del procedimento di rilascio del permesso di costruire. Si è dunque pur sempre in presenza di un procedimento amministrativo, con la peculiarità che l'atto privato presupposto potrebbe essere ora un contratto opponibile, nel senso fin qui esposto. La tipicità del mero schema astratto del contratto di cessione di cubatura, introdotto dalla riforma, non cambierebbe la prospettiva di fondo e non giustificerebbe soprattutto la contrapposizione di una fase privatistica a quella pubblicistica, perché si tratterebbe in ogni caso di interessi legittimi inseriti in una vicenda circolatoria.

---

<sup>303</sup> A tal riguardo possono richiamarsi le considerazioni dubitative circa la volontà e la capacità degli uffici addetti al territorio di farsi carico di tali verifiche, già espresse prima della novella da A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, cit., p. 12.

In altri termini, occorre porre in essere tutti gli accorgimenti di natura pubblicitaria idonei a far conseguire al cessionario il risultato finale dell'operazione, caratterizzato dal rilascio a questi, e non ad altri, del permesso di costruire.

## ***2. Il problema della circolazione e della trascrizione dei trasferimenti dei diritti edificatori "in volo"***

Giunti a questo punto della trattazione, occorre indagare sulla struttura procedimentale e negoziale in cui il diritto edificatorio si forma, si modifica o si trasferisce. In particolare, è opportuno ripercorrere concretamente la vicenda giuridica: un soggetto intende costruire su un proprio terreno, ma la volumetria che intende realizzare è maggiore rispetto a quella che gli standard gli consentono; al fine di ottenere il permesso di costruire, pertanto, conclude un accordo mediante il quale il proprietario di un altro terreno edificabile gli cede la volumetria utilizzabile. Il Comune, disponendo di tutti gli elementi necessari all'istruttoria del procedimento, e sul presupposto che l'edificio che si intende costruire risulti conforme agli strumenti urbanistici, provvede al rilascio del relativo permesso. Da questa fattispecie emerge che colui il quale acquista la cubatura realizzabile da un altro proprietario, acquisisce un diritto di costruire "maggiorato", in quanto utilizza la vocazione edilizia del suo terreno oltre a quella del terreno confinante.

Sul piano della circolazione, però, le vicende traslative dei titoli volumetrici in assenza di fondi contigui o, comunque, ben determinati, sollevano diversi profili critici.

In particolare, il fenomeno traslativo così ricostruito dà luogo a peculiari problemi quando non interviene tra proprietari di fondi contigui: è infatti possibile che, al di là di quanto previsto dagli strumenti urbanistici in punto di riconoscimento di un dato indice di edificabilità riferito ai singoli fondi, vengano assegnati diritti edificatori ulteriori, con accordi di pianificazione urbanistica, certamente a



carattere costitutivo. Si tratta, più precisamente, dei cc.dd. crediti di volumetria, la cui genesi, come ampiamente rilevato, può essere diversa<sup>304</sup>.

Con essi si generano a favore dei privati utilità identiche a quelle acquisite con la c.d. cessione di cubatura, con la diversità, però, che, in questo secondo caso, la volumetria trasferita è quella già assegnata dagli strumenti urbanistici e, inoltre, si incrementa l'edificabilità di un fondo contiguo - ben identificato - di titolarità del cessionario; pertanto, non esiste un accordo con la pubblica amministrazione, volto ad assegnare la volumetria stessa, ma solo un provvedimento amministrativo, che interviene successivamente alla negoziazione intercorsa tra cedente e cessionario. Tuttavia, a seguito dell'acquisto così perfezionato, la situazione giuridica sostanziale che si realizza in capo al titolare dell'interesse pretensivo, può essere oggetto di ulteriori atti dispositivi nei confronti di altri soggetti privati, dando luogo al fenomeno conosciuto come credito edilizio.

Le vicende traslative dei titoli volumetrici sono dotate, infatti, di un elevato grado di astrazione, così da prescindere, comunque, anche ove esistente, dal collegamento con il fondo che le ha generate. Tecnicamente, il titolare originario del diritto edificatorio potrebbe decidere di cederlo a un terzo, non titolare di un'area di atterraggio. Il diritto edificatorio acquistato "in volo" potrebbe essere, a sua volta, ritrasferito ad un altro soggetto ancora, senza alcuna forma di collegamento con un suolo, dando luogo ad una circolazione a favore di più

---

<sup>304</sup> Talvolta essi nascono nel quadro della perequazione generalizzata o diffusa, ma in tal caso, proprio per la generalità della previsione, gli accordi non sono con la pubblica amministrazione, ma tra privati proprietari dei suoli, compresi quelli vincolati o destinati a pubblici servizi e quindi non edificabili, in modo tale che - con il trasferimento della volumetria cui essi avrebbero avuto diritto - ogni singolo proprietario possa recuperare il valore perduto, cedendo poi l'area gratuitamente al Comune. Viceversa, la previsione è singolare e quindi esito di un accordo, quando la pubblica amministrazione attribuisce un diritto edificatorio aggiuntivo, per il perseguimento di finalità relative all'attuazione dell'edilizia residenziale sociale, all'interno di ambiti edilizi predefiniti, quale premio per la realizzazione di interventi di riqualificazione urbana e recupero ambientale.

Analogamente avviene, nel quadro della compensazione, qualora il proprietario del fondo subisca un sacrificio in termini di aree cedute o di peso imposto o di edificabilità perduta o diminuita. Il riequilibrio compensativo avviene, appunto, con l'attribuzione di crediti edilizi di volumetria. Per un ulteriore approfondimento, E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, cit., p. 101; A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, cit., p. 429; P. MARZARO GAMBA, *Credito edilizio compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, cit., p. 644.

soggetti in tempi successivi, prima di giungere all'atterraggio del titolo<sup>305</sup>. Naturalmente, l'“atterraggio” del diritto edificatorio non può avvenire in qualsiasi parte del territorio, ma solamente in quelle aree individuate come idonee a tal fine dallo strumento urbanistico e che, peraltro, possono perfino essere ricomprese nel territorio di altro Comune confinante, con il quale siano stati raggiunti appositi accordi di collegamento urbanistico, fino a che non vi sarà un soggetto che, avviando il procedimento per il rilascio del permesso di costruire, ottenga l'assenso dal Comune e realizzi la cubatura.

È stato, a tal proposito, precisato che “la locuzione ‘crediti edilizi’ ha valenza assolutamente atecnica”<sup>306</sup>. Infatti, a seguito dell'accordo di pianificazione, il privato non vanta, nei confronti della pubblica amministrazione, un diritto perfetto, che possa risolversi in una pretesa, eseguibile magari in forma specifica<sup>307</sup>, bensì, una *chance*, legata ad un interesse legittimo pretensivo, valutabile, in chiave prognostica, sulla base dell'affidamento circa l'utilizzazione del credito, dovendo comunque intervenire un successivo provvedimento amministrativo, in sede di effettiva utilizzazione<sup>308</sup>.

Secondo questa chiave di lettura, ed in coerenza con la tesi ricostruttiva fin qui proposta, la cubatura esprime solo la misura matematica dell'edificabilità del suolo; mentre quel che effettivamente circola è la *chance* edificatoria - collegata ad un interesse legittimo - di talché, nei rapporti con l'autorità amministrativa,

---

<sup>305</sup> A ciò si aggiunga che l'opzione normativa a favore della trascrizione, pur rispondendo all'indiscutibile esigenza di certezza della circolazione giuridica, rallenta in qualche modo le transazioni - considerato che si tratta non già di un'unica cessione di volumetria fra un fondo cedente e un fondo cessionario, come nella tradizionale cessione di cubatura fra fondi contigui o omogenei, bensì di più cessioni in successione - e impone dei costi, frapponendosi così ad una più veloce ed efficace circolazione dei titoli volumetrici. Di questa opinione. B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 125 ss., nonché E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, cit., p. 1063, per il quale la circolazione secondo gli schemi cartolari caratteristici dei titoli di credito, in luogo della trascrizione, avrebbe assicurato una maggiore fluidità dei trasferimenti e minori costi.

<sup>306</sup> In questi termini, A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, cit., p. 430.

<sup>307</sup> Non è, infatti, mai ipotizzabile «la garanzia di una sorta di attuazione in forma specifica dell'aspettativa» (P. STELLA RICHTER, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica in Scritti in memoria di Franco Piga*, Milano, I, 1992, p. 947).

<sup>308</sup> A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, cit., p. 306; P. URBANI, *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, cit., p. 908.

nasce la legittimazione del titolare del credito a chiedere il permesso di costruire, sfruttando l'edificabilità acquisita in deroga ai limiti volumetrici. Come è stato acutamente osservato "il provvedimento, anche in tal caso, non è atto dovuto, perché il proprietario di un terreno di atterraggio non potrebbe, ad esempio, acquisire senza limiti la volumetria dei terreni dell'ambito o comparto edilizio, per poi pretendere di costruire a piacimento un grattacielo"<sup>309</sup>.

È stato peraltro proposto che, una volta assunto che a circolare, sotto il *nomen* del credito edilizio, sia in realtà una *chance* edificatoria, sarebbe stato più adeguato, proprio in chiave circolatoria della legittimazione, prevedere l'emissione di titoli impropri, i quali, al pari dei titoli di credito, circolino mediante girata, ma con gli effetti della cessione del credito<sup>310</sup>. Non a caso, prima della Novella, questa soluzione era stata proposta, sia pure con un non corretto riferimento ai titoli di credito<sup>311</sup>.

Il punto più delicato riguarda la possibilità che «la genesi del diritto edificatorio venga sganciato dalla *res* e sia prodotta per autopoiesi dallo stesso strumento urbanistico»<sup>312</sup>, affinché il Comune possa autofinanziarsi mediante la sua assegnazione onerosa<sup>313</sup>. I crediti edilizi possono così dar vita ad un vero e proprio mercato non solo tra privati, ma anche con l'amministrazione comunale, che può acquisire diritti edificatori dai privati stessi, in modo da creare una riserva comunale di crediti di cui poter disporre ed eventualmente cedere ai migliori

---

<sup>309</sup> In questi termini, F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, cit., p. 121. P. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 908, segnala i pericoli della «incetta di diritti edificatori» in caso di perequazione.

<sup>310</sup> Cfr. F. GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 113. I diritti edificatori sarebbero incorporati nei titoli relativi - ossia la *carthula*, emessa dall'amministrazione comunale, che assicurerebbe l'esatta corrispondenza fra ciò che risulta dal titolo e il contenuto del diritto edificatorio (c.d. *letteralità*) - e potrebbero circolare secondo gli schemi normativi che regolano la circolazione dei titoli di credito. L'idea della circolazione dei diritti edificatori sotto forma di titoli di credito, già espressa da E. BOSCOLO, è ripresa da G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Riv. notar.*, 2012, I, p. 851 ss.

<sup>311</sup> E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, cit., p. 1060.

<sup>312</sup> A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, cit., p. 438.

<sup>313</sup> Con riferimento ai crediti di volumetria assegnati in corrispettivo di obbligazioni urbanistiche adempiute dal privato, in luogo dell'indennizzo in denaro, si è detto che il tal modo «l'amministrazione "batte" moneta volumetrica» (E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, cit., p. 1062). Con l'autopoiesi questo fenomeno è fine a se stesso e non più in funzione indennitaria.

offerenti, mediante vere e proprie aste<sup>314</sup>. In tal caso è evidente che il diritto edificatorio non è più collegato, sia nella fase del “volo”, che in quella del “decollo”, alla titolarità di un fondo e, quindi, non è più una facoltà proprietaria, acquisendo tale sua qualità solo nella fase “dell’atterraggio” e, quindi, nel momento dell’utilizzazione.

Alla luce di quanto finora rilevato, Il trasferimento dei diritti edificatori “smaterializzati”, al pari della cessione dei crediti, non solo è tecnicamente possibile, ma - con la formula onnicomprensiva adoperata dall’art. 2643 n. 2 bis c.c. - è anche possibile la relativa trascrizione, dato che i registri immobiliari sono organizzati su base personale, con il vantaggio pratico che gli atti relativi saranno opponibili e, quindi, prevalenti rispetto ad altri eventuali aventi causa. Peraltro, la situazione soggettiva può circolare anche qualora il procedimento si sia già concluso con il rilascio del permesso di costruire (ad esempio la vendita del fondo con il progetto approvato), in quanto essa si estingue solo a seguito della concreta realizzazione della volumetria.

Si tratta, allora, di verificare quale sia, per i crediti di volumetria, il senso dell’art. 2643, n. 2 bis c.c., che omologa sul versante pubblicitario tutti i diritti edificatori, prevedendo la trascrivibilità anche dei trasferimenti “in volo di cubatura”, al fine della loro opponibilità, ossia per consentire al cessionario primo trascrivente di poter prevalere su eventuali altri aventi causa, assicurando in tal modo certezza nella circolazione giuridica. Come già osservato, legittimato a chiedere l’“atterraggio” del diritto edificatorio sul terreno appartenente a un determinato comparto sarà il soggetto che vanti a suo favore, e dei propri danti causa, prossimo e remoti, una serie continua di trascrizioni, mentre spetterà alla Pubblica Amministrazione di verificare, sempre in sede di “atterraggio”, che l’ultimo titolare del credito possa vantare la situazione giuridica tutelata.

---

<sup>314</sup> A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 438. Ad esempio, nelle convenzioni di lottizzazione, tra i cc.dd. oneri esorbitanti, oltre alla cessione gratuita di aree del lottizzante a favore del Comune, può essere prevista anche la cessione di diritti edificatori, che poi il Comune stesso potrà impiegare in sede di compensazione.

Se, tuttavia, la trascrizione di un contratto di cessione di cubatura fra fondi ben determinati non comporta particolari problemi, non altrettanto può dirsi con riguardo alle cessioni in “volo” dei diritti edificatori<sup>315</sup>.

Il problema si pone, in particolare, in relazione a quanto dispone l’art. 2659 c.c. richiamato dall’art. 2665 c.c. in merito alla indicazione della natura e della situazione del bene cui si riferisce il titolo. Il terreno iniziale da cui origina la cubatura sarà descritto nella nota di trascrizione relativa all’accordo costitutivo con il Comune, in funzione di pubblicità – notizia, con l’indicazione dei dati catastali e, poi, nella prima cessione operata dal proprietario. Tuttavia, In caso di cessioni successive, in assenza, a quel momento, del terreno di atterraggio e con il diritto ormai “sganciato” dal fondo, qualche autore ha proposto che continueranno ad essere indicati nella relativa nota *ex art. 2659, n. 4 c.c.* i dati relativi al terreno di “decollo”<sup>316</sup>. Soluzione, come giustamente osservato, che risulta inappagante nei termini dell’osservanza delle regole dettate dal formalismo pubblicitario e, soprattutto, inapplicabile alla ipotesi di “volo” dei diritti edificatori assegnati a prescindere da un terreno e ceduti in successione, tra soggetti non proprietari di un terreno o comunque non intenzionati a farli atterrare. In questo caso, infatti, la trascrizione è bensì possibile, ma si indicherebbero nella nota i dati catastali di un terreno che è di proprietà non già del cedente, ma di un terzo, già titolare dei crediti ceduti, ma ora del tutto estraneo al contratto<sup>317</sup>. Diversamente si potrebbe

---

<sup>315</sup> I profili problematici legati alla trascrizione dei trasferimenti c.d. in volo dei diritti edificatori sono già posti in luce in F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e “trascrizione”*, cit., p. 113 ss., nonché in B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento “in volo” dei diritti edificatori: l’art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 597 ss.

<sup>316</sup> Concordi nel ritenere che possano essere indicati, all’art. 2659, n. 4, c.c., i dati relativi al terreno di origine, L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit.; F. P. TOMEIO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale*, cit., per il quale si tratterebbe di un diritto analogo alla superficie e, quindi, su cosa altrui; G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista in Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, cit., p. 55, secondo il quale l’impossibilità di indicare l’immobile di destinazione non costituirebbe un problema, perché il diritto edificatorio non è una servitù e dunque “lo scopo della trascrizione può dirsi raggiunto assicurando evidenza all’effetto che si produce a “carico” del fondo d’origine”.

<sup>317</sup> Eppure non si esita ad ammettere la trascrizione, motivando con il fatto che il relativo sistema è organizzato su base personale, sicché il problema semmai si porrebbe solo per le regioni, province e comuni ove vige ancora il sistema tavolare. In questi termini, L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit.

concludere se si considerasse che il diritto edificatorio si sostanzia in un diritto analogo alla superficie e, quindi, su cosa altrui<sup>318</sup>.

Pertanto, ove si voglia ragionare in una logica di deroga alle regole del formalismo pubblicitario, pur di ammettere la trascrivibilità di tali atti e la conseguente applicazione del criterio di prevalenza negli eventuali conflitti circolatori, qualcuno è giunto a sostenere la trascrizione del provvedimento amministrativo di assegnazione dei crediti a favore di chi li cederà, che darebbe luogo alla c.d. catena trascrittiva, indicando, nella nota relativa al contratto di cessione, in luogo dell'immobile di riferimento, il comparto di atterraggio dei crediti previsto nel provvedimento stesso<sup>319</sup>.

Di qui l'ulteriore conclusione che la miglior garanzia per un mercato dei diritti edificatori funzionante sia il ricorso alla trascrizione, che, grazie alla forma degli atti e all'intervento del notaio, offre garanzie di certezza, là dove, però, in questo quadro, è proprio il problema dei dati catastali a ostare a una realizzabilità tecnica della trascrizione<sup>320</sup>.

Altrettanto vero è che, ove non si ammettesse la trascrivibilità dei trasferimenti in volo della cubatura, con conseguente applicazione del meccanismo di prevalenza dettato dall'art. 2644 c.c., i conflitti fra più cessionari della cubatura dovrebbero risolversi in base al criterio generale della priorità dell'atto di data certa, seppur solo in funzione di un obbligo risarcitorio del cedente nei confronti del secondo acquirente. Parimenti, non sarebbe possibile far valere la vicenda circolatoria in volo nei confronti dell'autorità amministrativa, considerato che, da un lato, essa

---

<sup>318</sup> Non è un caso, allora, se, dopo aver qualificato, in chiave di reificazione, i diritti edificatori come beni immobili, seppur virtuali, si sia affermato che essi dovrebbero essere accatastati, con conseguente trascrizione degli atti ad essi relativi, pur precisando però che “i problemi [...] dell'accatastamento renderebbero problematica la istituzione di un mercato dei diritti edificatori”<sup>318</sup>. L'espressione è di A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 126.

<sup>319</sup> Così, in chiave polemica, F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e “trascrizione”*, cit., p. 114, che parla di “una soluzione del tutto anomala e perfino abnorme, ma, in chiave di formalismo trascrittivo, non peggiore di quella che legittima l'indicazione falsa dell'immobile di riferimento”. Secondo L. RESTAINO, *op. ult. cit.*, nel contratto di cessione, tra gli altri dati, devono essere indicati “gli ambiti entro i quali il diritto edificatorio può essere speso”.

<sup>320</sup> Così. A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 138.

non è riconducibile, per le ragioni già indicate, ad una cessione del credito da notificare o far accettare alla P.A.<sup>321</sup>

In conclusione, si pongono ulteriori profili tecnici problematici relativi alla trascrizione, comuni sia all'ipotesi della cessione di cubatura fra fondi ben definiti, che a quella "in volo". Così, ad esempio, è stato posto dagli interpreti e dagli operatori pratici il dubbio in ordine all'indicazione della quota del credito edificatorio trasferito nella nota di trascrizione, problema che si è proposto di risolvere facendo ricorso al quadro D, relativo alle parti libere, là dove però l'inserimento in tale quadro avrebbe solo funzione di pubblicità notizia e non anche di opponibilità<sup>322</sup>. Più in particolare, poi, chi configura il diritto edificatorio come nuovo diritto reale immobiliare ritiene che, in mancanza di un aggiornamento dei diritti trascrivibili, il contratto dovrebbe essere trascritto utilizzando, nel quadro e della nota di trascrizione, il codice del diritto di superficie<sup>323</sup> oppure quello della servitù<sup>324</sup>, avendo cura poi di indicare il tipo e la misura del diritto trasferito nel quadro D.

### ***3. L'ammissibilità di atti dispositivi dei diritti edificatori: ipotesi applicative***

La disciplina del rapporto convenzionale avente ad oggetto diritti sulla volumetria risente inevitabilmente della soluzione e, più in particolare, della configurazione specifica alla quale si accede.

La tipizzazione del nuovo schema contrattuale così ricostruito deve essere resa pubblica con il mezzo della trascrizione a norma dell'art. 2643 c.c. Atteso tale presupposto, indipendentemente dall'analisi in ordine alla natura giuridica della

---

<sup>321</sup> Difficile ipotizzare, infatti, una cessione del credito che debba essere notificata o accettata dalla P.A. (art. 1264 c.c.), giacché in capo a quest'ultima, e nei confronti del titolare del credito edificatorio, non sembra potersi assolutamente configurare un vincolo irreversibile, in ragione, come più volte sottolineato, del potere decisorio ad essa spettante in sede sia di valutazione dell'area di atterraggio, che di revisione del piano urbanistico per motivi di pubblico interesse.

<sup>322</sup> Propongono tale soluzione F. P. TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale*, cit.; L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit.; G.A. DI VITA, *Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella*, cit., p. 93.

<sup>323</sup> L. RESTAINO, *op. ult. cit.*

<sup>324</sup> G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, cit., p. 9.

fattispecie, non si può prescindere dalla forma scritta *ad substantiam*: solo l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata permettono, secondo le regole codicistiche, l'accesso ai Registri immobiliari ed assicurano in tal modo l'adempimento delle condizioni idonee per la pubblicità del negozio stipulato. L'interprete deve poi indicare altri elementi ricostruttivi che la norma molto scarna non offre. Negli atti deve certamente essere definito l'oggetto, che deve avere i requisiti di cui all'art. 1346 c.c.: oltre che possibile e lecito, esso deve essere determinato o determinabile, in modo da escludere incertezze che possano derivare dalla sua definizione.

La volumetria, in sé considerata, costituisce una *utilitas* del fondo in senso economico - giuridico, che, pur non essendo un bene in senso tecnico, "è senz'altro un'utilità obiettivamente ritraibile dall'area, in grado di esprimere un valore economico anche notevole". Come tale, e secondo i fautori della tesi della reificazione, essa costituisce un bene presente, spendibile concretamente mediante la realizzazione dell'opera a cubatura maggiorata.

In quest'ottica i negozi dispositivi possono, allora, avere carattere gratuito (richiedendo il rispetto dei requisiti legali in ipotesi in cui si configuri una donazione vera e propria)<sup>325</sup> o oneroso. È stata ipotizzata<sup>326</sup>, infatti, la possibilità di configurare accanto alla vendita, la permuta (anche di bene presente con bene futuro)<sup>327</sup>, o la *datio in solutum*, ma anche la cessione a terzi dell'area sorgente con riserva al cedente dei diritti edificatori. Del resto, la reificazione dei diritti edificatori permetterebbe agevolmente di ammettere anche un conferimento in società sia in fase costitutiva<sup>328</sup>, sia in fase di aumento di capitale<sup>329</sup> non solo di

---

<sup>325</sup> R. CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, cit., p. 427.

<sup>326</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, cit., p. 1143; M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, cit., p. 671.

<sup>327</sup> F. PATTI - F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 1688; R. CONTI, *op. ult. cit.*, p. 427. Si tratterebbe dello scambio tra cubatura ed unità immobiliari da realizzare in forza della volumetria ampliata.

<sup>328</sup> La questione del conferimento della cubatura in società di capitali, soprattutto in sede di costituzione, appare meno problematica per le società a responsabilità limitata laddove nell'art. 2464 c.c. è espressamente statuito al secondo comma che possano essere conferiti appunto tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. E la cubatura intesa quale bene è certamente un elemento dell'attivo suscettibile di valutazione economica.

<sup>329</sup> F. PATTI - F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 1688.



una società a responsabilità limitata, trattandosi – secondo questa prospettiva - a norma dell'art. 2464 c.c., di elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica, ma anche di una società per azioni, appunto in quanto “bene”. Sempre secondo questa chiave ricostruttiva, i diritti edificatori potrebbero agevolmente essere oggetto di apposita disposizione testamentaria, anche di tipo divisionale.

Tuttavia, ferma restando la chiara ammissibilità di atti dispositivi, particolare attenzione merita l'ipotesi di costituire sui diritti edificatori un'ipoteca e, più nello specifico, la pignorabilità del credito di volumetria in volo, sul presupposto che, come ampiamente rilevato, i crediti edilizi sono condizionati dal ruolo della Pubblica Amministrazione, sia in sede di atterraggio su un fondo, che nel caso di eventuale revoca delle volumetrie concesse, in ragione di un pubblico interesse o per fatti eventualmente sopravvenuti.

Tra l'altro, va rilevato che il credito edificatorio, ricostruito alla stregua di un interesse legittimo pretensivo, come più volte sottolineato, attribuisce al suo titolare soltanto la legittimazione a chiedere il rilascio del titolo edilizio per lo sfruttamento di una certa volumetria nei confronti della P.A., la quale, pertanto, avrà come “interlocutore finale” solo il proprietario del fondo su cui il credito dovrebbe atterrare. Si è tentato, allora, di accostare la vicenda a quella di un credito verso terzi, ipotizzando, non senza difficoltà, la possibilità, per il creditore di un soggetto, titolare di un credito edificatorio in volo, di ricorrere alla forma dell'espropriazione, prevista dagli artt. 543 ss. c.p.c., presso la P.A.<sup>330</sup> Diversamente, almeno sul piano dell'esecuzione, darebbe luogo a minor complicazioni la tesi della cubatura come “bene immateriale”, stante la pignorabilità dei beni immateriali, non potendo, tuttavia, farsi ricorso alla forma dell'espropriazione mobiliare presso il debitore<sup>331</sup>.

Ma non si giungerebbe ad una più appagante soluzione, in punto di pignorabilità dei crediti edilizi in volo, neanche ove si accogliesse, per ipotesi, la tesi del diritto edificatorio quale diritto reale immobiliare, giacché sarebbe impossibile individuare con esattezza il diritto immobiliare sottoposto ad esecuzione, come

---

<sup>330</sup> F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e “trascrizione”*, cit., p. 117.

<sup>331</sup> Sul punto, ad esempio, con riguardo alle diverse forme di pignoramento di azioni, v. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, Il processo esecutivo*, III, Milano, 2011, p. 61 ss.

invece prescritto dall'art. 555 c.p.c., che richiama gli estremi richiesti dal codice civile per l'individuazione dell'immobile ipotecato. E, infatti, proprio questa è la ragione che ha spinto la dottrina a non ritenere possibile iscrivere ipoteca sui diritti edificatori "in volo"<sup>332</sup>. Al riguardo, e per mera esigenza di completezza dell'indagine proposta, va segnalata l'opinione di chi ritiene, invece, che il diritto edificatorio, quale nuovo diritto reale immobiliare, possa essere gravato da ipoteca, in ragione del solo valore non tassativo della elencazione dell'art. 2810 c.c.<sup>333</sup>, ovvero della riconducibilità di tale diritto a quello di superficie, ipotizzando di poter iscrivere ipoteca sul terreno (di un terzo) da cui il diritto è originato, in attesa che sia individuato il terreno di atterraggio e trasferita l'ipoteca<sup>334</sup>. Sennonché, mentre per usufrutto, superficie, ed enfiteusi si può avere riguardo, per l'individuazione del bene, all'immobile altrui su cui questi diritti di godimento gravano, per i diritti edificatori non collegati ad un terreno edilizio e, dunque, "in volo", non sarebbe agevole comprendere come procedere.

Altro problema, ma non meno complesso, è poi quello dell'estensibilità dell'ipoteca già iscritta su un fondo ai diritti edificatori. Chi ragiona nella prospettiva di una reificazione della cubatura ritiene applicabile ai diritti edificatori l'art. 2811 c.c., secondo il quale l'ipoteca si estende ai miglioramenti, alle costruzioni e alle altre accessioni dell'immobile ipotecato, salvo le eccezioni stabilite dalla legge. Disciplina, questa, che, tuttavia, ammette il patto, coevo o successivo alla costituzione di ipoteca, che limiti o escluda l'estensione della stessa a tutti gli accessori o ad una categoria di essi o ad un singolo bene, con

---

<sup>332</sup> In tal senso, F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e "trascrizione"*, cit., p. 122; B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, cit., p. 569 ss.

<sup>333</sup> Così L. RESTAINO, *I diritti edificatori*, cit. Contra, G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 117 e G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, cit., p. 9, che auspicano un ampliamento dell'elenco ai diritti edificatori.

<sup>334</sup> F. P. TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale*, cit., per il quale l'atto di concessione e la nota di iscrizione, così come la nota di trascrizione del trasferimento "in volo", dovranno contenere gli identificativi catastali dell'immobile di decollo.

conseguente possibilità di applicare tale pattuizione in deroga anche alla cubatura, soprattutto ove si intenda cederla<sup>335</sup>.

Diversa sarebbe, invece, l'ipotesi in cui l'ipoteca sul fondo di origine o di atterraggio sia già iscritta prima della trascrizione della cessione di diritti edificatori, con conseguente prevalenza della prima sulla seconda<sup>336</sup>.

Vi è, infine, il problema dell'efficacia delle cessioni dei crediti di volumetria nei confronti del creditore pignorante. Conflitto, questo, che non sembra risolvibile secondo il criterio indicato all'art. 2914, n. 2 c.c., ossia la priorità dell'atto di pignoramento rispetto a quello di notifica al debitore ceduto o di accettazione del medesimo. Come già sottolineato, infatti, la cessione del credito edilizio non va notificata, né potrebbe o dovrebbe essere accettata dalla P.A.

Diversa soluzione è invece prospettata da chi, muovendo dalla ricostruzione del diritto edificatorio quale diritto reale immobiliare, ritiene applicabile l'art. 2643, n. 6, c.c. e, quindi, considera risolvibile il conflitto secondo il criterio della priorità della trascrizione del pignoramento immobiliare rispetto a quella della cessione<sup>337</sup>.

Alla luce di tali considerazioni può quindi affermarsi che il tentativo di teorizzare la nascita di un nuovo diritto reale immobiliare non risulta soddisfacente. Esso, infatti, sconta il limite di discendere da una posizione aprioristica volta al recupero di una dimensione esclusivamente privata della vicenda edificatoria, restando quindi ciechi dinanzi alla reale portata del fenomeno.

Ciò conduce, infatti, a non considerare che la vicenda si sviluppa attraverso un procedimento amministrativo e che la *chance* edificatoria - nella teoria che qui si appoggia - si rapporta non con il terreno, mero termine di riferimento oggettivo

---

<sup>335</sup> G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, cit., p. 111, il quale non manca di considerare, a conferma delle difficoltà che la tesi della cubatura quale diritto reale non riesce a superare, come, ragionando, invece, in termini di diritti reali immobiliari, e precisamente di *ius in re aliena*, non sarebbe né possibile escludere l'estensione dell'ipoteca gravante su un fondo ai diritti edificatori, né ipotizzabile la cancellazione dell'ipoteca dai diritti edificatori, in ragione dell'unicità del soggetto titolare del diritto di proprietà del fondo e degli stessi diritti edificatori. Nel senso dell'applicabilità dell'art. 2811 c.c., F. P. TOMEO, *I diritti edificatori e la pubblicità legale*, cit.

<sup>336</sup> In tal senso, G. TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 115; F.P. TOMEO, *op. ult. cit.*

<sup>337</sup> G. PETRELLI, *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, cit., p. 8

del provvedimento amministrativo, ma con il provvedimento stesso in chiave interlocutoria e allo stesso tempo dallo stesso dipendente.

Del resto, appare così poco tipizzato il diritto in esame, già in chiave terminologica, che il legislatore stesso ha utilizzato un'espressione piuttosto estranea alla tradizione codicistica, parlando di "diritti edificatori comunque denominati". Sarebbe infatti auspicabile che ad un dato *nomen* corrispondesse una nozione sufficientemente univoca al fine di consentire di individuare una corretta e soprattutto definitiva disciplina normativa che ne regoli gli effetti. Ciò posto, e a prescindere dalle soluzioni che si sono fin qui rappresentate, sarebbe certamente interessante spingersi fino al punto di comprendere se sussiste la reale necessità qualificatoria dei diritti in esame, stante la diffusione nella prassi della loro negoziazione, che ha semplicemente indotto il legislatore al tentativo di tipizzare uno schema contrattuale al fine di regolarne la circolazione, piuttosto che di definirne i contorni giuridici. D'altra parte, l'attuale scarsa disciplina codicistica in tema di formalità trascrittive, lascia piuttosto perplessi e solleva, come accennato, una serie di problemi non facilmente risolvibili in sede interpretativa.

Resta pertanto l'auspicio, espresso e condiviso da più di uno studioso della materia, dell'intervento di una più attenta e rigorosa disciplina statale da estendersi non solo ai meccanismi circolatori, bensì anche al profilo sostanziale dei diritti edificatori.

## BIBLIOGRAFIA

### *Testi e contributi in riviste*

A. BARTOLINI A., *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, II, p. 302

AA.VV., *Urbanistica e perequazione* a cura di S. Carbonara e C. M. Torre, Milano, 2008

ALESSI R., *Primi rilievi sulla L. 28 gennaio 1977 n. 10*, in *Cons. Stato*, 1976, II, p. 1387

AMADIO G., *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista in Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, in *Atti del Convegno di studi organizzato dalla Fondazione italiana per il notariato*, Bari, 11 giugno 2011, Milano, 2012

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, in *Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960

ASSINI N., *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, Padova, 2000

BALBI G., *Il diritto di superficie*, Torino, 1947

BARTOLINI A. - MALTONI A. (a cura di), *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, *Atti del convegno AIDU Perugia*, 30 novembre 2007, Napoli, 2009, p. 87

BARTOLINI A., *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in *Giust. Amm.*, 2008, IV, p. 163

BARUCCHI A., *Jus aedificandi e proprietà dei suoli*, Torino, 1976

BERGAMO E., *La cessione dei diritti edificatori*, in *Corr. Merito*, 2012, II, p. 119

BIANCA C. M., *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 689

BIANCA C. M., *Diritto civile, La proprietà*, VI, Milano, 1999

- BIONDI B., *I beni*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di G. Vassalli, IV, Torino, 1953, p. 171
- BIONDI B., *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1967, p. 149
- BOSCOLO E., *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (il caso del P.r.g. di Reggio Emilia)*, nota a T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Riv. giur. urb.*, 2000, I, p. 5
- BOSCOLO E., *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni* - Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2012, p. 72
- BOSCOLO E., *Le novità del D.L. 70/2011*, in *Urb. app.*, 2011, 9, p. 1012
- BOSCOLO E., *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. app.*, 2011, 9, p. 1051
- BOSCOLO E., *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, II, p. 101
- BOSCOLO E., *Una conferma giurisprudenziale (e qualche novità legislativa) in tema di perequazione urbanistica*, nota a T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, 20 febbraio 2002, n. 845, in *Riv. giur. edil.*, 2003, III, p. 823
- BOVA A., *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012
- BRANCA G., *Servitù prediali (art. 1027-1099)*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Roma-Bologna, 1967
- CAIANIELLO V., *Momenti costitutivi dello jus aedificandi*, in *Foro amm.*, 1983, p. 558
- CALABRITTO P., *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*, in *Notariato*, 2000, pp. 413-420.
- CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1994
- CANDIAN A., *Trasferimento di cubatura*, in *Dig. disc. priv., sez. priv.* (aggiornamento), Torino, 2000, p. 735

CARBONARA S., *Perequazione urbanistica: un progetto complesso (capitolo 1)*, in *Urbanistica e perequazione: dai principi all'attuazione* a cura di S. Carbonara e C. Torre, Milano, 2008

CASSESE S., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969, p. 413

CASU G., *I negozi di destinazione a tutela della pianificazione urbanistica in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata* - Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, p. 280

CECCHERINI A., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 557

CECCHERINI A., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 13

CECCHERINI G., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 103

CECCHERINI G., *Il c.d. trasferimento di cubatura*, Milano, 1985

CECCHERINI G., *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite presentazione alla p.a. di atto unilaterale di asservimento*, nota a Cass., 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 319

CENTOFANTI N., *Diritto urbanistico*, Padova, 2008

CERULLI IRELLI V., *Jus aedificandi*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di N. Irti, Milano, 1980, vol. 1, p. 499

CHIANALE A., nota a Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1544

CIMMINO N. A., *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 1113

CIMMINO N. A., *Trasferimenti di cubatura in I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, IV, Beni e Proprietà*, Torino, 2004

CIRILLO G. P., *La trascrizione dei diritti edificatori e la circolazione degli interessi legittimi*, 2013, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

COLONNA V., *Nuovo modello di pianificazione e perequazione urbanistica nella legislazione regionale dell'ultimo decennio*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, III, p. 63

- CONTI R., *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009
- CONTI S., *Diritto reale d'uso e diritto personale di godimento*, nota a Cass., 26 febbraio 2006, n. 5034, in *Giur. it.*, 2008, I, c. 2474
- COSTANZA M., nota a Cass., 14 dicembre 1988 n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 372
- COVIELLO N., *Della superficie considerata anche in rapporto al sottosuolo*, in *Arch. giur.*, 49, 1892, p. 3
- CRETELLA B., *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in *Gazz. not.*, 2011, p. 481
- DE LORENZI V., nota a Cass., 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Corr. giur.*, 1989, p. 276
- DE MARTINIS P., *Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria*, nota a Cass., 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 339
- DE MARTINIS P., *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 222
- DE MARTINO E., *Della proprietà*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, III, Bologna-Roma, 1957
- DE PAOLIS S., *La pianificazione consensuale, premiale e per gli accordi: perequazione, compensazione, altre forme di urbanistica contrattata e di premialità edilizia*, in *Trattato dei diritti reali, IV, Proprietà e pianificazione del territorio*, Milano, 2012, p. 345
- DE PAOLIS S., *Pianificazione di dettaglio e perequazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, p. 527
- DE VIRGILIIS G. - SPANTIGATI F., *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n. 55 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 865
- DI MAJO A. - FRANCARIO L., voce *Proprietà edilizia*, in *Enc. del dir.*, vol. XXVII, Milano, 1988, p. 344
- DI PAOLO M., nota a Cass., 30 aprile 1974, n. 1231, in *Riv. not.*, 1975, p. 547
- DI PAOLO M., *Trasferimento di cubatura di area e numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. not.*, 1974, p. 547



- DI VITA G. A., *Riflessioni sul tema cessione di cubatura: una lettura provocatoria della novella*, in *Il Notaro*, 2011, p. 89
- FALZEA A., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 679
- FERRI G., *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, II, Roma, 1969, p. 617
- FRANCO C., *Appunti sulla c.d. cessione di cubatura*, in *Vita not.*, 1997 p. 190
- FRIGNANI A., *Gli interessi dei privati in caso di mancata attuazione delle opere di urbanizzazione*, relazione al convegno “Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati”, Bari 29-30 aprile 1977, in *Atti del convegno dallo stesso titolo*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 377
- FUSARO A., *Gli atti di impegno in materia edilizia e la loro trascrivibilità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 922
- FUSARO A., *I vincoli contrattuali di destinazione degli immobili*, in *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, in *Trattato* diretto da F. Galgano, tomo III, Torino, 1995, pp. 2329-2340
- GAMBARO A. - SCHLESINGER P., *Commento all'art. 1 della legge 28 gennaio 1977 n. 10*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, I, p. 20
- GAMBARO A., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 4
- GAMBARO A., *I beni*, in *Trattato di dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, 2012, p. 126
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato dir. civ. e comm.* a cura di A. Cicu e F. Messineo, p. 309
- GAMBARO A., *La proprietà edilizia*, in *Trattato dir. civ.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, VII, p. 489
- GAZZONI F., *Cessione di cubatura, “volo” e “trascrizione”*, in *Gius. civ.*, 2012, p. 101
- GAZZONI F., *La c.d. cessione di cubatura*, in *Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, I, Milano, 1991, art. 2643-2645, p. 655

- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, I, Milano, 1991, art. 2643-2645, p. 655
- GAZZONI F., *Trattato della Trascrizione. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Vol. 1, Tomo I, Torino, 2012
- GERBO F., *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001
- GERBO F., *Il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Il Notaro*, 1998, p. 37
- GERBO F., *La cessione di volumetria*, in *Il Notaro*, 1998, p. 105
- GIACOBBE G., *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu e F. Messineo, X, Milano, 2003, p. 5
- GIANNELLI A., *Perequazione urbanistica: un istituto dalle molteplici applicazioni*, nota a T.A.R. Lombardia, Sez. II, 17 settembre 2009, n. 4665, in *Urb. app.*, 2010, p. 513
- GRASSANO N., *La cessione di cubatura*, in *Riv. not.*, 1992, p. 1069
- GRASSANO P., *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 383
- GUARNERI A., *La superficie*, in *Codice Civile. Commentario* a cura di P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2007.
- IACCARINO G., *Diritti reali atipici*, in *Riv. Not.*, 1993, p. 101
- IANNELLI A., *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. mer.*, 1977, IV p. 740
- IANNELLI A., *Le violazioni edilizie – amministrative, civili e penali*, Milano, 1981
- LANGELLA M., *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita not.*, 2007, p. 428
- IANNUZZI A., *L'articolo 952 e la costituzione del diritto di superficie*, nota a Cass., 3 dicembre 1964, n. 2851, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 488
- LEO M., *Il trasferimento di cubatura*, in *Studi e materiali*, VI, tomo II, 1998-2000, p. 669
- LEO M., voce *Trasferimento di volumetria* del *Dizionario enciclopedico del Notariato*, Roma, 2002, vol. V, p. 710

- LIBERTINI M., *Sui trasferimenti di cubatura*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 73
- LUIO F. P., *Diritto processuale civile, Il processo esecutivo*, III, Milano, 2011
- MAGRI M., *La sovrapposizione di diritti reali tra tipicità ed atipicità*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1416
- MALTONI A., *Perequazione e compensazione nella legislazione urbanistica della Regione Emilia Romagna e nella disciplina di alcuni strumenti urbanistici locali. Considerazioni generali in tema di alienazione di diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Napoli, 2009, p. 87
- MANDARANO A., *Nuove tendenze della pianificazione: perequazione, integrazione funzionale, tutela ambientale*, nota a T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Urb. app.*, 2000, p. 780
- MARÈ M., *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in *Riv. not.*, 1990, p. 1347
- MARZARO GAMBA P., *Credito edilizio compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, II, p. 644
- MASTROPIETRO B., *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 569
- MASTROPIETRO B., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli, 2011
- MASTROPIETRO B., *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013
- MATTIA M. L., *Appunti sul regime di trasferimento dei diritti all'aiuto previsti dal regolamento CE n. 1782/2003 nell'ambito della riforma della politica agraria comune*, Studio n. 2/2007 della Commissione Studi comunitari del Consiglio nazionale del Notariato approvato il 2 febbraio 2007 e pubblicato sul Notiziario il 21 maggio 2007
- MAZZARELLI V., *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi*, in *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, p. 87
- MAZZOLA M. A., *Le servitù*, in *Proprietà e diritti reali* a cura di G. Cassano, Padova, 2007, tomo II, p. 1815
- MENGOLI G. C., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1986

- MESSINETTI D., *Beni immateriali, I) Diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1
- MESSINETTI D., *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970
- MICELLI E., *La perequazione urbanistica per l'attuazione innovativa di piani e progetti in Atti del XXXIII Incontro di studio*, Firenze, 2003
- MICELLI E., *Perequazione urbanistica*, Padova, 2004
- MIGLIORANZA M., *Le funzioni delle zone e degli edifici: individuazione e conseguenze*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 245
- MORELLI A., nota a Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261
- MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali* a cura di A. Gambaro e U. Morello, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2009, p. 67
- NATOLI U., *Orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà privata ex art. 42 Cost.*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969, p. 1671
- OPPO G., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. it. sc. giur.*, IX, 1963-1967, p. 183
- OPPO G., *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 391
- PALERMO G., *La superficie*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di P. Rescigno, 8, Torino, 2002, p. 3
- PASETTI BOMBARDELLA G., *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1472
- PATTI F. - RUSSO F., *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 2001, p. 1675
- PERLINGIERI P., *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Napoli, 1966
- PETRELLI G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009
- PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, II, 2006, p. 176

PETRELLI G., *Trascrizione degli atti relativi a "diritti edificatori" (c.d. cessione di cubatura o di volumetria)*, in [www.gaetanopetrelli.it](http://www.gaetanopetrelli.it)

PIAZZA G., *Jus ad aedificandum ed acquisto della proprietà superficiaria*, in *Dir. giur.*, 1974, p. 641

PICCO G. B. - MAROCCO A. M., *Convenzioni urbanistiche nell'esperienza notarile e disciplina dell'edilizia*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati* a cura di M. Costantino, Milano, 1954, p. 95

PICCO G. B. - MAROCCO A. M., *I c.d. trasferimenti di cubatura*, in *Riv. not.*, 1974, p. 626

PIGA F., *Effetti della sentenza n. 55 della Corte Costituzionale nel processo di formazione dei piani regolatori*, in *Foro amm.*, 1968, II, p. 122

PISCHETOLA A., *Utilizzo di volumetria perequativa e ipotesi di applicabilità delle agevolazioni ex legge n.10 del 1977*, in *Studi e Materiali del Cons. naz. not.*, 2006/1, p. 556.

PITTER P., *Limiti di volumetria e vincolo di inedificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p.426

POLICE A., *Governo e mercato dei diritti edificatori*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Napoli, 2009, p. 22

PREDIERI A., *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977

PREDIERI A., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969

PUGLIATTI S., *Beni e cose in senso giuridico*, in *Scritti giuridici*, vol. IV, 1958-1964, Milano, 2011, p. 620

PUGLIATTI S., *Cosa (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 36.

PUGLIESE G., *Della superficie. Artt. 810-956*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, IV, p. 590

QUADRI R., *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004

QUAGLIA A., *Gli strumenti di concertazione pubblico-privato nelle politiche di rinnovamento urbano*, in Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma tenuto nel mese di marzo 2009 in Milano e nel mese di aprile 2009 in Roma

RESTAINO L., *I diritti edificatori*, in [www.wikijus.it](http://www.wikijus.it)

RIZZI G., *I crediti edilizi: l'esperienza della Legge Regione Veneto n.11 del 2004*, in Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma tenuto nel mese di marzo 2009 in Milano e nel mese di aprile 2009 in Roma

ROSELLI F., nota a Cass., 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 685

RUGGIERO A., *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche nella esperienza notarile*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati* a cura di Michele Costantino, Milano, 1995, p. 151

SAITTA F., *Jus aedificandi o... dovere di costruire?*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, VI, p. 416

SALIS L., *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. it.* a cura di F. Vassalli, IV, Torino, 1958, p. 37

SALIS L., *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 945

SANDULLI A. M., *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1978, I, p. 73

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966

SCARLATELLI S., *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive.*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 287

SELVAROLO S. G., *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989

STANGHELLINI S., *Il principio perequativo nel piano urbanistico*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto* a cura di A. Bartolini e A. Maltoni, Napoli, 2009

STELLA RICHTER P., *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, p. 123

STELLA RICHTER P., *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 169

- STELLA RICHTER P., *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica* in *Scritti in memoria di Franco Piga*, Milano, I, 1992, p. 947
- TENELLA SILLANI C., *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994
- TESSERA D., *Differenze tra diritto d'uso e diritti personali di godimento sotto il profilo contenutistico e della disciplina di circolazione*, nota a Cass., 26 febbraio 2006, n. 5034, in *Nuova giur. comm.*, 2008, p. 1266
- TOMEIO F. P., *I diritti edificatori e la pubblicità legale*, relazione al Convegno svoltosi a Rimini il 17 settembre 2011 su "Il trasferimento dei diritti edificatori: profili civilistici e bancari"
- TRABUCCHI A., *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 42
- TRAPANI G., *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione e mutazione del diritto*, Studio n. 671-2009 del C.N.N. pubblicato in *Studi e materiali del Consiglio del Notariato*, 2011, 2, pp. 339-438
- TRAPANI G., *I diritti edificatori*, in *Riv. notar.*, 2012, I, p. 775
- TRAPANI G., *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, in *Notariato*, 2012, IV, p. 411
- TRIOLA R., *Della tutela dei diritti. La trascrizione.*, in *Trattato di diritto privato*, IX, diretto da M. Bessone, Torino, 2012
- TRIOLA R., *La "cessione di cubatura": natura giuridica e regime fiscale.*, in *Riv. not.*, 1974, p. 115
- TRIOLA R., *La natura giuridica della cessione di cubatura*, nota a Cass., 30 aprile 1974 n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1425
- TRIOLA R., nota a Cass., 4 agosto 1988 n. 4833, in *Giur. agr. it.*, 1988, p. 606
- TRIOLA R., nota a Cass., 6 marzo 1973 n. 641, in *Riv. not.*, 1974, p. 114
- TROJANI P. L., *Tipicità e "numerus clausus" dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, p. 295
- URBANI P., *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 905

URBANI P., *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011

URBANI P., *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, relazione pubblicata in Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma tenuto nel mese di marzo 2009 in Milano e nel mese di aprile 2009 in Roma, in [www.pausania.it/files/perequazione](http://www.pausania.it/files/perequazione)

URBANI P., *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000

VANGHETTI V., nota a Cass., 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1698

VIOTTI G., *Vincoli di destinazione convenzionali e loro efficacia nei confronti degli enti pubblici*, nota a Corte App. Ancona, 19 giugno 1999, in *Vita not.*, 2001, p. 148

VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, II, Milano, 1987

ZAMPINI R., nota a Cass., 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Giur. imp.*, 1989, I, p. 164

### ***Rassegna giurisprudenziale***

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., sentenza n. 3 del 23 aprile 2009, in *Foro it.*, 2009, 10, 3, p. 523

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., sentenza n. 3 del 23 marzo 2011, in *Foro it.*, 2012, III, c. 33 ss.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, sentenza n. 219 del 31 gennaio 2005 in *Massima redazionale*, 2005

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, sentenza n. 2488 del 4 maggio 2006, in *Vita not.*, 2006, I, p. 227

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, sentenza n. 255 del 29 gennaio 2008 in *Massima redazionale*, 2008

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, sentenza n. 302 del 4 maggio 1979, in *Rep. giur. it.*, 1979, voce Edilizia e urbanistica, n. 394



CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, sentenza n. 3766 del 29 luglio 2008 in Massima redazionale, 2008

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, sentenza n. 6171 del 16 ottobre 2006 in Massima redazionale, 2006

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, sentenza n. 6229 del 19 ottobre 2006 in Massima redazionale, 2006

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 1382 del 26 novembre 1994, in Foro amm., 1994, fasc. 11

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 178 del 23 febbraio 1973, in Cons. Stato, 1973, I, p. 222

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 193 del 30 marzo 1994, in Rep. giur. it., 1994, voce Edilizia e urbanistica, n. 368

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 3637 del 28 giugno 2000, in Giur. it., 2001, c. 400

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 3637 del 28 giugno 2000, in Foro amm., 2000, p. 2186 e in Riv. Giur. Edil., 2000, I, p. 1170

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 387 del 30 marzo 1998, in Foro amm., 1998, p. 739

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 400 del 1 aprile 1998, in Rep. giur. it., 1991, voce Edilizia e urbanistica, p. 633

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 530 del 11 aprile 1991, in Rep. giur. it., 1991, voce Edilizia e urbanistica, n. 500

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 614 del 17 giugno 1977, in Foro amm., 1977, I, p. 1443

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 63 del 21 gennaio 1997, in Giur. it., 1997, III, 1, p. 405

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 632 del 28 giugno 1971, in Cons. Stato, 1971, I, p. 1122

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 744 del 25 novembre 1988, in Foro amm. 1988, p. 3251

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 744 del 25 novembre 1988, in Foro amm., 1988, p. 3251

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 839 del 7 luglio 1978, in Cons. Stato, 1978, I, p. 1124

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza n. 925 del 17 novembre 1970, in Rep. giur. it., 1970, in Edilizia e urbanistica, p. 155

CORTE DI APPELLO DI ROMA, sentenza del 24 febbraio 1964, in Temi Rom., 1964, p. 285

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 4245 del 29 giugno 1971 in Massima redazionale, 1971

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 6 luglio 1972 n. 2235, in Riv. leg. fisc., 1973, p. 766, in Rass. Adv. Stato, 1972, I, sez. 5 e in Riv. Not., 1973, p. 1165

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. n. 7417 del 14 maggio 2003, in Gius., 2003, 20, p. 2313

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 10979 del 14 maggio 2007, in Notariato, 2007, 5, p. 493

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 11117 del 21 ottobre 1991, in Mass. giust. civ., 1991, p. 10

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 1231 del 30 aprile 1974, in Giust. civ., 1974, I, p. 1424

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 12880 del 16 giugno 2005, in Giust. civ., 2006, I, p. 569

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 1317 del 25 febbraio 1980, in Giur. it. 1981, I, 1, c. 1346

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 1352 del 22 febbraio 1996 in Notariato, 1996, 5, p. 417

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 1711 del 6 giugno 1973, in Mass. Giust. Civ., 1968, p. 867

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 1738 del 7 giugno 1968 in Riv. giur. edil., 1969, I, 1, p. 46

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 2017 del 1 marzo 1994, in Mass. giust. civ., 1994, p. 231

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 2017 del 21 maggio 1975, in Riv. leg. fisc., 1975, p. 2288

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 20623 del 24 settembre 2009, in Giur. it., 2010, 3, p. 549

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 235 del 14 gennaio 1982, in Giust. civ. 1983, I, p. 609

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 250 del 22 gennaio 1975, in Riv. leg. fisc., 1975, p. 1595

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 2743 del 25 ottobre 1973, in Giust. civ., 1973, I, p. 922

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 3334 del 8 ottobre 1976, in Riv. not., 1977, p. 1006

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 3416 del 20 ottobre 1975, in Riv. leg. fisc., 1976, p. 585

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 3637 del 28 giugno 2000, in Giur. it., 2001, c. 400

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 3639 del 20 ottobre 1976, Riv. leg. fisc., 1977, p. 1146

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 4245 del 29 giugno 1981, in Giur. it., 1982, I, 1, p. 685

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 4839 del 14 novembre 1989 in Rep. Foro it., voce Servitù n.5

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 5508 del 7 giugno 1994, in Giur. it., 1995, I, p.437

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 5827 del 6 agosto 1983 in Rep. Foro it., voce Servitù n.17

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 641 del 9 marzo 1973 in Foro it., 1973, I, c. 2117 e in Riv. Not., 1973, p. 1164

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 651 del 23 marzo 1961, in Foro it., 1962, I, c. 132

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 6807 del 14 dicembre 1988, in Giur. it., 1989, I, 1, c. 1544 e in Nuova giur. civ. comm., 1988, I, p. 371

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 7499 del 20 dicembre 1983, in Giur. it., 1985, I, 1, c. 209

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 802 del 21 marzo 1973 in Riv. leg. fisc., 1973, p. 2200 e in Foro it., 1973, I, c. 2117

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 8227 del 29 agosto 1997 in Urb. app., 1998, p. 36

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 849 del 25 marzo 1971

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 9081 del 12 settembre 1998, in Mass. giust. civ., 1998, p. 1895

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 9081 del 12 settembre 1998, in Rep. giur. it., 1998, in Edilizia e urbanistica, p. 632

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 9508 del 27 settembre 1997, in Urb. app., 1998, p. 263

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 951 del 7 aprile 1970 in Massima redazionale, 1970

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 965 del 5 febbraio 1983, in Mass. giur. it., 1983

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 1267 del 19 febbraio 1996, in Foro it. 1996, I, c. 2464

CORTE DI CASSAZIONE, sentenza n. 4346 del 7 aprile 2000, in Riv. not. 2001, p. 695 e in Vita not. 2001, p. 923

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Unite, sentenza n. 2084 del 4 maggio 1989, in Giust. civ., 1989, I, p. 1536

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Unite, sentenza n. 500 del 22 luglio 1999, in Giust. civ., 1999, I, p. 2261

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 100 del 26 marzo 6 aprile 1998, in Rep. it.

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 179 del 20 maggio 1999 in Foro it., 1999, I, p. 1705

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 398 del 10-11 dicembre 1998, in Rep. it., c. 11

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 5 del 30 gennaio 1980, in Giur. cost., p.21

T.A.R. LOMBARDIA, sentenza n. 2097 del 26 luglio 2012 in Massima redazionale, 2012

T.A.R. PUGLIA, sentenza n. 279 del 16 giugno 1990, in Foro amm., 1991, p. 881

T.A.R. PUGLIA, sentenza n. 868 del 1 dicembre 1997, in Rep. giur. it., 1998, voce Edilizia e urbanistica, n. 629

T.A.R. SICILIA, sentenza n. 1677 del 7 luglio 2001 in Massima redazionale, 2001

T.A.R. SICILIA, sentenza n. 4113 del 12 ottobre 2010, in Corriere del Merito, 2010, 12, p. 1230

T.A.R. UMBRIA, sentenza n. 7 del 24 gennaio 1990, in Foro amm., 1990, I, p. 2100

T.A.R. VALLE D'AOSTA, sentenza n.39 del 16 maggio 2000 in Massima redazionale, 2000

TRIBUNALE DI VALLO DELLA LUCANIA, sentenza n. 354 del 16 novembre 1982, in Riv. giur. edil., 1983, I, p. 261